Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 17. marts 2016[1]

Sag C-187/15

Joachim Pöpperl
mod
Land Nordrhein-Westfalen

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgericht Düsseldorf (forvaltningsdomstolen i Düsseldorf, Tyskland))

»Artikel 45 TEUF — arbejdskraftens frie bevægelighed — tjenestemænd, der forlader deres medlemsstat for at tage ansættelse i en anden medlemsstat — lovgivning, der bestemmer, at tjenestemandspension ikke finder anvendelse, og at der sker overførsel til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning«

I – Indledning

1. Når tjenestemænd beslutter at fratræde deres tjenestemandsstilling i forbundsstaten Nordrhein-Westfalen (sagsøgte) inden pensionering, har de ikke længere ret til at deltage i den særlige tjenestemandspensionsordning. De forsikringsperioder, de har tilbagelagt i henhold til denne særlige ordning, overføres med tilbagevirkende gyldighed til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning. En sådan overførsel kan imidlertid medføre en væsentlig nedsættelse af den pension, som tjenestemanden vil modtage.

2. Joachim Pöpperl (sagsøgeren), der tidligere var tjenestemand hos sagsøgte, fratrådte sin tjenestemandstilling i forbundsstaten Nordrhein-Westfalen for at tage ansættelse i Østrig. Det præjudicielle spørgsmål fra den nationale ret, der behandler Joachim Pöpperls sag, Verwaltungsgericht Düsseldorf (forvaltningsdomstolen i Düsseldorf), spørger i det væsentlige, om den tvungne overførsel til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning og den deraf følgende nedsættelse af sagsøgerens pensionsrettigheder er forenelig med arbejdskraftens frie bevægelighed, der er garanteret i artikel 45 TEUF.

II – Relevante retsforskrifter

A – *EU-ret*

3. Artikel 45 TEUF har følgende ordlyd:

»1. Arbejdskraftens frie bevægelighed sikres inden for Unionen.

1 — Originalsprog: engelsk.

2. Den forudsætter afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere, for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår.

[…]

4. Bestemmelserne i denne artikel gælder ikke for ansættelser i den offentlige administration.«

4. Artikel 60 i forordning (EF) nr. 883/2004[2] indeholder »Særlige bestemmelser for tjenestemænd«. Artikel 60, stk. 2, bestemmer:

»2. Såfremt erhvervelse, fortabelse, bevarelse eller generhvervelse af ret til ydelser efter en særordning for tjenestemænd i henhold til en kompetent medlemsstats lovgivning er betinget af, at samtlige forsikringsperioder er tilbagelagt efter en eller flere særordninger for tjenestemænd i denne medlemsstat eller efter ordninger, som efter denne medlemsstats lovgivning anses for at svare til sådanne perioder, medregner den kompetente institution i den pågældende medlemsstat dog udelukkende de perioder, der kan anerkendes efter den for denne institution gældende lovgivning.

Såfremt den pågældende på grundlag af de således tilbagelagte perioder ikke opfylder betingelserne for at modtage disse ydelser, medregnes disse perioder ved tilkendelse af ydelser efter den almindelige ordning eller, hvis en sådan ordning ikke findes, efter ordningen for arbejdstagere eller funktionærer, alt efter omstændighederne.«

B – *National ret*

5. Den nationale lovgivning, der har indvirkning på sagsøgerens pensionsrettigheder, er på den ene side den sjette forbundslov om social sikring (herefter »SGB VI«)[3] og på den anden side to foranstaltninger truffet af forbundsstaten Nordrhein-Westfalen: lov om tjenestemandspensioner for Nordrhein-Westfalen (herefter »LBeamtVG NRW«)[4] og tjenestemandsloven for Nordrhein-Westfalen (herefter »LBG NRW«)[5].

6. Alderspensionen for tjenestemænd i forbundsstaten Nordrhein-Westfalen reguleres af LBeamtVG NRW. Lovens § 4 bestemmer bl.a., at alderspensioner skal beregnes på grundlag af den pensionsgivende løn og den pensionsgivende tjenestetid. Samtidig følger det af LBG NRW § 28, stk. 3, at »[e]fter afskedigelsen har den tidligere tjenestemand ingen ret til ydelser fra sin arbejdsgiver, for så vidt som intet andet bestemmes i loven […]«.

7. På forbundsniveau opstiller SGB VI § 1 rammerne for den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning. Mens SGB VI § 5 fritager tjenestemænd fra den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning, underlægger § 8 dem ordningen, hvis de forlader »beskæftigelsen uden krav på eller ret til pension eller har mistet deres ret til pension […]«. Den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning rækker bagud gennem den periode, hvor den berørte person var fritaget.

8. Endvidere opstiller § 107, litra b), i lov om pensioner til forbundstjenestemænd og dommere[6] (herefter »BeamtVG«) generelle regler om fordelingen af omkostninger forbundet med ydelser til tjenestemænd, som offentligretlige arbejdsgivere skal betale en tjenestemand, der i løbet af dennes arbejdsliv skifter offentligretlig arbejdsgiver ved at forlade en forbundsstat til fordel for en anden

2 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 29.4.2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger (EUT L 166, s. 1).

3 — Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) – Gesetzliche Rentenversicherung.

4 — Beamtenversorgungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtenversorgungsgesetz - LBeamtVG NRW).

5 — Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz - LBG NRW).

6 — Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes, Beamtenversorgungsgesetz.

forbundsstat eller for at tage ansættelse for en offentlig forbundsarbejdsgiver og omvendt. Denne bestemmelse og tilknyttet tysk lovgivning bestemmer, at der skal ske en koordination for så vidt angår pensioner til tjenestemænd, der skifter fra en offentligretlig arbejdsgiver til en anden inden for Tyskland.

9. BeamtVG's§ 107, litra b), blev ændret efter indgåelsen af statstraktaten om fordeling af ydelser til tjenestemænd i tilfælde af forbundsstats- og statsgrænseoverskridende ændring af arbejdsgiver mellem forbundsregeringen og de respektive forbundsstater (herefter »statstraktaten«)[7]. Statstraktaten fulgte en forfatningsmæssig reform, der blev vedtaget i 2006, og som bl.a. overførte kompetencen over tjenestemandspensioner fra forbundsregeringen til forbundsstaterne.

III – Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

10. Sagsøgeren var tjenestemandsansat – som lærer – hos sagsøgte mellem den 1. september 1978 og den 31. august 1999. Den 31. august 1999 opsagde han sin stilling for at blive lærer i forbundsstaten Kärnten i Østrig.

11. Den 25. april 2013 meddelte sagsøgte sagsøgeren, at han på grund af sin tidligere beslutning om at fratræde tjenestemandsstillingen ikke havde ret til pension i henhold til tjenestemandspensionsordningen. Han var i stedet blevet overført til og forsikret i henhold til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning for hele den periode, hvor han var ansat hos sagsøgte.

12. Ifølge den forelæggende ret udgør sagsøgerens pension i henhold til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning et månedligt beløb på 1 050,67 EUR. Havde sagsøgeren imidlertid haft ret til tjenestemandspensionsordningen i stedet for at blive overført til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning for de år, han havde tilbagelagt hos sagsøgte, ville han have haft ret til en månedlig pension på 2 263,03 EUR eller endog på 2 728,18 EUR[8].

13. Sagsøgeren havde på grund af sin tjenestemandsstatus ikke mulighed for at tegne yderligere pensionsforsikring og kunne ikke tegne den med tilbagevirkende gyldighed. Han forsøgte dette, men sagsøgte afslog hans ansøgning ved afgørelse af 10. februar 2009.

14. Sagsøgeren var uenig i ovennævnte overførsel fra tjenestemandspensionsordningen til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning og har anfægtet denne ved Verwaltungsgericht Düsseldorf (forvaltningsdomstolen i Düsseldorf). Forelæggelseskendelsen redegør ikke i detaljer for sagsøgerens argumenter i hovedsagen. Det kan imidlertid udledes af kendelsens ordlyd, at han er af den opfattelse, at overførslen er uforenelig med artikel 45 TEUF.

7 — Staatsvertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln af 16.12.2009 og 26.1.2010 (BGBl. 2010 I, s. 1290). Statstraktaten af 16.12.2009 og 26.1.2010 om fordeling af ydelser til tjenestemænd i tilfældet af forbundsstats- og statsgrænseoverskridende ændring af arbejdsgiver. Statstraktaten trådte i kraft den 1.1.2011.

8 — For fuldstændighedens skyld bør det understreges, at den tyske regering og sagsøgte har anfægtet den af den forelæggende ret foretagne sammenligning hvad angår sagsøgerens rettigheder i henhold til tjenestemandspensionsordningen på den ene side og i henhold til den almindelige lovbestemte pensionsforsikringsordning på den anden side. De har argumenteret for, at begge kategorier af pensionsrettigheder er af forskellig art, og at der kun kan fastsættes specifikke pensionsrettigheder, når den berørte person faktisk går på pension, i lyset af den gældende retsstilling på dette bestemte tidspunkt. Jeg er uenig af to årsager. Hvad for det første angår hensigtsmæssigheden af en sådan sammenligning er jeg nødt til at henvise til den forelæggende rets analyse. For det andet kan klassificeringen af tjenestemandspension i henhold til tysk ret ikke påvirke den selvstændige EU-retlige bedømmelse af ordningen, som efter sin art fokuserer på en national ordnings faktiske funktionsmåde og ikke på den specifikke dogmatiske kasse, som national ret eventuelt putter den i. Ud fra dette synspunkt forekommer der ikke at være noget tvivlsomt ved den af den forelæggende ret foretagne sammenligning. Hvad angår den særlige tjenestemandspensionsordnings specifikke funktionsmåde kan den bestemt ses som en specifik pensionsordning for tjenestemænd.

15. Verwaltungsgericht Düsseldorf (forvaltningsdomstolen i Düsseldorf) har besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende spørgsmål med henblik på præjudiciel afgørelse:

»1) Skal artikel 45 TEUF fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en person, der er ansat som tjenestemand i en medlemsstat, mister sin ret til at oppebære tjenestemandspension (Versorgungsbezüge) på grundlag af tjenestemandsforholdet, fordi den pågældende efter eget ønske er udtrådt af tjenestemandsforholdet med henblik på at påbegynde et nyt arbejde i en anden medlemsstat, når de nationale bestemmelser samtidig fastsætter, at denne person på grundlag af den bruttoløn, han har oppebåret i tjenestemandsforholdet, skal forsikres med tilbagevirkende gyldighed i den lovbestemte pensionsforsikring, hvorved de deraf følgende pensionsrettigheder bliver lavere end den mistede ret til tjenestemandspension?

2) Såfremt første spørgsmål besvares bekræftende for alle eller for visse tjenestemænd: Skal artikel 45 TEUF fortolkes således, at den pågældende tjenestemands tidligere ansættende myndighed – i mangel af andre nationale regler – enten skal betale tjenestemandspension til den pågældende, idet den tjenestetid, der er tilbagelagt i den tidligere pensionsgivende tjenestemandsstilling, lægges til grund med samtidig nedsættelse af pensionsrettighederne på grundlag af den lovbestemte pensionsforsikrings tilbagevirkende gyldighed, eller på anden vis skal give en økonomisk kompensation for tabet af tjenestemandspensionen, selv om der i henhold til national lovgivning kun må tilkendes de pensionsydelser, der er fastsat ifølge denne lovgivning?«

16. Den tyske regering, sagsøgte [9] og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. De parter, der har indgivet skriftlige indlæg, og sagsøgeren [10] afgav mundtlige indlæg under retsmødet den 14. januar 2016.

IV – Bedømmelse

A – *Det første spørgsmål*

17. Verwaltungsgericht Düsseldorf (forvaltningsdomstolen i Düsseldorf) har med det første spørgsmål i det væsentlige ønsket oplyst, om artikel 45 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for national lovgivning, som med tilbagevirkende gyldighed ændrer – til skade for den berettigede – den pensionsordning, der finder anvendelse på en tjenestemand, som har opsagt sin stilling for at tiltræde en ny stilling i en anden medlemsstat.

18. For at vurdere, om den omtvistede lovgivning indebærer forskelsbehandling eller udgør en begrænsning (eller begge), som er uforenelig med arbejdskraftens frie bevægelighed (punkt 2), vil jeg først afgøre, hvilke EU-retlige bestemmelser der er relevante for denne vurdering (punkt 1).

1. Gældende ret

19. Sagsøgeren, sagsøgte og Kommissionen er enige om, at artikel 45 TEUF finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i denne sag. Der er ikke tvivl om, at sagsøgeren er en arbejdstager i den i artikel 45 TEUF omhandlede forstand [11]. Samtidig er hans situation ikke omfattet af undtagelsen om offentlig administration i artikel 45, stk. 4, TEUF [12].

9 — Ved brev af 10.8.2015 tilsluttede sagsøgte sig fuldt ud den tyske forbundsregerings standpunkt uden at indgive særskilte skriftlige indlæg.

10 — Sagsøgeren indgav skriftlige indlæg, men han gjorde det først efter afslutningen af retshandlingernes skriftlige fase.

11 — Jf. bl.a. kendelse Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, præmis 19).

12 — For det første vedrører undtagelsen *adgangen* til ansættelse, hvilket ikke er omtvistet i denne sag. For det andet har Domstolen bekræftet, at en lærer ikke er omfattet af undtagelsen. Jf. kendelse Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, præmis 21-23 og den deri nævnte retspraksis).

20. Der er derfor ingen problemer forbundet med anvendelsen af artikel 45 TEUF i denne sag. Det samme gør sig derimod ikke gældende hvad angår relevansen af forordning nr. 883/2004.

21. Den tyske regering og sagsøgte har støttet sig til forordning nr. 883/2004, specifikt artikel 60, stk. 2, for at gøre gældende, at den omtvistede nationale lovgivning er forenelig med artikel 45 TEUF. Sagsøgeren har også henvist til forordning nr. 883/2004, men med et andet formål: Han har understreget den betydning, som forordningen tillægger beskyttelsen af velerhvervede rettigheder.

22. Det er klart, at tjenestemænds ret til social sikring i dag er underlagt koordinationsreglerne i forordning nr. 883/2004. Oprindeligt var særlige ordninger, der fandt anvendelse på tjenestemænd, udelukket fra koordinationsreglerne inden for EU i henhold til forordning (EØF) nr. 1408/71 [13], der gik forud for forordning nr. 883/2004. Som reaktion på Domstolens dom Vougioukas [14] blev undtagelsen slettet ved forordning (EF) nr. 1606/98 [15].

23. På trods af, at forordning nr. 883/2004 finder generel anvendelse på tjenestemænds pensionsrettigheder, finder den imidlertid ikke anvendelse på sagsøgerens situation under de faktiske omstændigheder i denne sag. Som Kommissionen med rette har anført, ønsker sagsøgeren ikke at få sine pensionsrettigheder overført fra en medlemsstat til en anden. Han ønsker snarere, at de pensionsrettigheder, han har optjent i Tyskland i henhold til tjenestemandspensionsordningen, opretholdes på trods af, at han besluttede at tage en ansættelse i Østrig.

24. Den faktiske situation i hovedsagen omfatter ikke nogen koordination af sagsøgerens pensionsrettigheder i den i forordning nr. 883/2004 omhandlede forstand. Forordningen finder dermed ikke anvendelse i denne sag. Den følgende analyse i dette forslag til afgørelse vil derfor blive foretaget under hensyntagen til artikel 45 TEUF alene.

2. Materiel vurdering

25. Domstolen har anerkendt, at medlemsstaterne bevarer kompetencen til at organisere deres sociale sikringsordninger. Den har imidlertid også gentagne gange udtalt, at de skal overholde traktatbestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed, når de udøver denne kompetence [16].

26. Disse bestemmelser, som artikel 45 TEUF er en del af, tilsigter at gøre det lettere for EU-borgerne at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse på hele Den Europæiske Unions område. De er til hinder for foranstaltninger, som kan stille medlemsstaters borgere ringere, såfremt de ønsker at udøve en erhvervsmæssig beskæftigelse på en anden medlemsstats område [17].

27. Det er intuitivt ganske åbenlyst, at den omtvistede nationale lovgivning i en vis grad stiller sagsøgeren ringere på grund af hans beslutning om at tage ansættelse i Østrig. Som den forelæggende ret har anført, består denne ringere stilling i, at sagsøgeren mister mere end halvdelen af sine pensionsrettigheder.

13 — Rådets forordning af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT, serie I, bind 1971(II), s. 366). I medfør af forordningens artikel 4, stk. 4, finder den ikke »anvendelse […] på særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer«.

14 — C-443/93, EU:C:1995:394.

15 — Rådets forordning af 29.6.1998 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og af forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 med henblik på at udvide dem til at omfatte særlige ordninger for tjenestemænd (EFT L 209, s. 1).

16 — Senest dom Kommissionen mod Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 43).

17 — Domme Kommissionen mod Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis) og Kommissionen mod Belgien (C-317/14, EU:C:2015:63, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

28. Spørgsmålet er dog, hvilken form for ringere stilling den nationale lovgivning medfører? Kan den endvidere begrundes? For at besvare dette spørgsmål vil jeg vurdere, om lovgivningen indebærer forskelsbehandling [punkt a)], eller om den udgør en begrænsning af arbejdskraftens frie bevægelighed [punkt b)], og i givet fald, om en sådan forskelsbehandling eller begrænsning kan være begrundet [punkt c)].

a) Foreligger der forskelsbehandling?

29. Den pågældende nationale lovgivning finder anvendelse på tjenestemænd uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Det er derfor ganske åbenlyst, at den ikke indebærer *direkte* forskelsbehandling: Den forbudte årsag til differentiering (nationalitet) er ikke årsagen til differentiering i denne sag [18].

30. Artikel 45 TEUF forbyder dog ikke kun direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men også indirekte forskelsbehandling [19].

31. Domstolen klassificerer national lovgivning, der finder anvendelse uden hensyntagen til nationalitet, men som samtidig *efter selve sin karakter* er egnet til i højere grad at berøre vandrende arbejdstagere end statens egne arbejdstagere, og hvis der er risiko for, at den stiller de førstnævnte *ringere*, som indirekte forskelsbehandling [20]. Domstolen har også fundet, at »[f]or at en foranstaltning kan betragtes som udtryk for indirekte forskelsbehandling, er det ikke nødvendigt, at den fører til en begunstigelse af alle indenlandske statsborgere eller til en ringere stilling alene for statsborgere i andre medlemsstater, og ikke desuden for indenlandske statsborgere« [21]. Endvidere er det ikke nødvendigt at fastslå, at den pågældende bestemmelse faktisk påvirker en væsentlige højere del af vandrende arbejdstagere. Det er tilstrækkeligt, at den er egnet til at fremkalde en sådan virkning [22].

32. I denne sag har Kommissionen gjort gældende, at den omtvistede lovgivning indebærer indirekte forskelsbehandling, fordi den efter selve sin karakter er egnet til at påvirke vandrende arbejdstagere mere og stiller dem ringere sammenlignet med nationale arbejdstagere.

33. Som den tyske regering og sagsøgte har forklaret, er anvendelsen af den omtvistede lovgivning imidlertid ikke forbundet med tjenestemandens afrejse til en anden medlemsstat. Anvendelsen heraf udløses følgelig ikke af det forhold, at tjenestemænd vandrer til en anden medlemsstat. Den udløses af hans eller hendes fratræden som tjenestemand hos sagsøgte. Ifølge den tyske regering og sagsøgte befinder arbejdstagere, der fratræder en tjenestemandsstilling for at tage ansættelse i Tyskland hos andre, private arbejdsgivere, sig dermed i nøjagtig samme situation som dem, der forlader tjenesten for at rejse til udlandet.

34. Den tyske regerings og sagsøgtes standpunkt er ikke ulogisk. Der er faktisk intet i den omtvistede lovgivnings funktionsmåde, som efter selve dens karakter gør den egnet til at påvirke vandrende arbejdstagere *mere* end nationale arbejdstagere ved at stille de førstnævnte *ringere*, hvis man godtager, at den udløsende begivenhed for denne følge er fratræden som tjenestemand.

18 — Domme Kommissionen mod Frankrig (167/73, EU:C:1974:35, præmis 44-46) og Marsman (44/72, EU:C:1972:120, præmis 4).

19 — Dom Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Domme Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis), Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis), Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis) og O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, præmis 18-20). Min fremhævelse.

21 — Domme Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 27) og Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

22 — Dom Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

35. Jeg ønsker at understrege alle tre ord i den af Domstolen fastsatte definition af indirekte forskelsbehandling: *efter selve karakteren*, *mere* og *ringere*. De afspejler kernen i forbuddet mod indirekte forskelsbehandling: På grundlag af tilsyneladende neutrale årsager til differentiering vil den pågældende lovgivning eller ordning ramme den beskyttede gruppe (her vandrende arbejdstagere) hårdere end den generelle gruppe (her dem, der forbliver i Tyskland, men fratræder som tjenestemænd). I sager omhandlende indirekte forskelsbehandling kan en sådan vurdering i henhold til pålydende (*efter selve karakteren*) suppleres af statistiske argumenter: Medlemmer af den beskyttede gruppe påvirkes *mere* og/eller de stilles *ringere*.

36. Ingen af disse krav forekommer dog at være opfyldt i denne sag. Umiddelbart påvirker den omtvistede lovgivning vandrende og ikke-vandrende arbejdstagere på samme måde: De mister begge deres ret til tjenestemandspension, hvis de fratræder som tjenestemand hos sagsøgte. Endvidere er det ikke blevet fastslået, at vandrende arbejdstagere rent kvantitativt vil påvirkes mere af reglen end dem, der forbliver i Tyskland, men fratræder som tjenestemand. Faktisk kunne den modsatte formodning rimeligvis opstilles: Det antal personer, der mister deres ret til tjenestemandspension, fordi de skrifter arbejde til en privat arbejdsgiver i Tyskland, kan være større end det antal, der mister denne ret, fordi de flytter til en anden medlemsstat.

37. Derfor er det ikke umiddelbart min opfattelse, at den omtvistede lovgivning *efter selve sin karakter* er egnet til at påvirke vandrende arbejdstagere *mere* end nationale arbejdstagere. Det er derfor min opfattelse, at den omtvistede lovgivning ikke indebærer indirekte forskelsbehandling mellem vandrende og ikke-vandrende arbejdstagere.

b) Foreligger der en begrænsning?

38. Rækkevidden af artikel 45 TEUF er dog ikke kun begrænset til direkte og indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Domstolens faste praksis [23] anfører, at artikel 45 TEUF også fanger nationale regler, der finder anvendelse uafhængigt af de berørte arbejdstageres nationalitet, men som er egnede til at forhindre en statsborger i en medlemsstat i at forlade sit oprindelsesland med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed, eller som får ham til at afholde sig fra dette forehavende. Dette gælder også nationale foranstaltninger, som finder lige anvendelse på nationale og grænseoverskridende foranstaltninger, men som direkte påvirker adgangen til arbejdsmarkedet i andre medlemsstater [24].

39. Det er følgelig klart, at der ud over kategorien med direkte og indirekte forskelsbehandling er en kategori med begrænsning. For at en national foranstaltning er omfattet af denne kategori, er det tilstrækkeligt, at den er egnet til at *hindre* udøvelsen af den pågældende frihed eller få vedkommende til at *afholde* sig herfra. Inden for denne logik er sammenligningen mellem referencegrupper (som er det afgørende analyseværktøj for begge former for forskelsbehandling) i vidt omfang afskaffet. For kategorien med begrænsning er fokus snarere kun på den beskyttede gruppe, dvs. de vandrende arbejdstagere, og de virkninger, som den anfægtede foranstaltning har på sandsynligheden for, at de udøver bevægelsesfriheden i henhold til traktaten.

23 — F.eks. domme Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis), Las (C-202/11, EU:C:2013:239, præmis 20), Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, præmis 22), Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis) og Bosmann (C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).

24 — Dom Bosmann (C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 103).

40. Domstolen har for nylig bedømt den cypriotiske lovgivning, som fratog tjenestemænd under 45 år deres pensionsrettigheder, når de opsagde deres stilling på Cypern for at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse i en anden medlemsstat. Domstolen klassificerede denne fratagelse som en foranstaltning, der kan afholde tjenestemænd, der måtte ønske at forlade deres stilling på Cypern, herfra. Domstolen konkluderede, at den pågældende lovgivning udgjorde en begrænsning for arbejdskraftens frie bevægelighed, fordi den direkte påvirkede cypriotiske tjenestemænds adgang til arbejdsmarkedet i andre medlemsstater [25].

41. Den samme analyse bør også finde anvendelse i denne sag. En lærer, der er tjenestemand hos sagsøgte, og som ønsker at tage ansættelse i en anden medlemsstat, skal give afkald på sin tjenestemandsstatus og de ydelser, der er forbundet hermed. Jeg er enig med Kommissionen i, at dette sandsynligvis hindrer eller i hvert fald gør det mindre attraktivt at udøve retten til fri bevægelighed og afholder en sådan person fra at forlade stillingen hos sagsøgte.

42. Samtidig er jeg af den opfattelse, at den omtvistede lovgivnings afskrækkende virkninger ikke er for indirekte eller usikre [26]. Der er med andre ord en tilstrækkelig nærhed mellem den pågældende nationale lovgivning og virkningerne heraf på vandrende arbejdstagere. Som anført i punktet ovenfor er jeg enig med Tyskland og sagsøgte i, at den *umiddelbare* årsag eller den udløsende begivenhed for sagsøgerens nedgang i pensionsrettighedernes beløb var, at han fratrådte stillingen hos sagsøgte. Han havde dog intet andet valg end at fratræde sin tjenestemandsstilling, da han skulle tiltræde en stilling i Østrig. Den følge, at han mistede en væsentlig del af sine pensionsrettigheder, var dermed ganske *direkte* og *sikker* og klart forbundet med udøvelsen af hans frie bevægelighed.

43. Jeg er derfor analogt med Domstolens standpunkt i dommen i sagen Kommissionen mod Cypern af den opfattelse, at lovgivningen i denne sag udgør en begrænsning for arbejdskraftens frie bevægelighed. Den afholder tjenestemænd, der er ansat hos sagsøgte, fra at forlade deres stilling for at få adgang til arbejdsmarkedet i andre medlemsstater.

c) Begrundelse

44. En national foranstaltning, der udgør en begrænsning af arbejdskraftens frie bevægelighed, er ikke tilladt i henhold til artikel 45 TEUF, medmindre den forfølger lovlige formål, der er opregnet i traktaten, eller er begrundet i tvingende almene interesser.

45. Endvidere skal anvendelsen af en sådan foranstaltning stå i forhold til det lovlige formål, der forfølges. Generelt indebærer forholdsmæssigheden en undersøgelse af afvejningen mellem de(t) forfulgte formål og de(n) valgte foranstaltning. For at proportionalitetsprincippet er overholdt, bør de trufne foranstaltninger være *egnet* til at gennemføre de formål, der lovligt forfølges hermed. De må ikke overskride grænserne for, hvad der er *nødvendigt* for gennemførelsen heraf (hvis der er flere lovmæssige alternativer, skal den mindst bebyrdende vælges), og de byrder, som pålægges, ikke må være uforholdsmæssige i forhold til de forfulgte formål (*intern afbalancering* eller forholdsmæssighed i streng forstand) [27].

46. Sagsøgte og den tyske regering har påstået, at lovgivningen er begrundet i det lovlige formål om sikring af »den offentlige tjenestes rette funktionsmåde«.

25 — Dom Kommissionen mod Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, præmis 45, 47 og 51 og den deri nævnte retspraksis).

26 — Dom Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 51), kendelse Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, præmis 27) og dom Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, præmis 24 og 25).

27 — Domme Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis), Kommissionen mod Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, præmis 54), Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis) og Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også mit forslag til afgørelse i sag C-134/15, Lidl (EU:C:2016:169, punkt 40 og den deri nævnte retspraksis).

47. Det skal understreges, at sagsøgte under retsmødet bekræftede, at dette formål forfølges på *forbundsstaten Nordrhein-Westfalens niveau* (i modsætning til på forbundsniveau). Det skal derfor vurderes i dette perspektiv. Det forhold, at ydelsen af tjenestemandspensionsordningen gøres betinget af, at tjenestemanden forbliver ansat hos sagsøgte, indtil vedkommende går på pension, tilsigter at fastholde kvalificerede arbejdstagere i forbundsstatens tjeneste.

48. Jeg godtager, at et sådant formål kan udgøre et tvingende alment hensyn [28].

49. Det første trin i forholdsmæssighedsanalysen består i at vurdere, om det valgte middel, dvs. den faktiske nedjustering af pensionsrettighederne for arbejdstagere, som forlader forbundsstatens tjeneste, inden de skal på pension, er *egnet* til at gennemføre det angivne formål, som er at fastholde kvalificerede arbejdstagere i forbundsstaten Nordrhein-Westfalens tjeneste.

50. Det er ikke min opfattelse af én enkel grund: Mens det anføres, at formålet med den omtvistede lovgivning er at fastholde kvalificerede tjenestemænd i forbundsstaten Nordrhein-Westfalens tjeneste, giver den samme lovgivning mulighed for tjenestemænds »afgang« fra forbundsstaten for at tage ansættelse hos andre tyske forbundsstater eller forbundsregeringen.

51. Som sagsøgte forklarede under retsmødet, opretholder tjenestemænd, der forlader forbundsstaten Nordrhein-Westfalen for at tage ansættelse hos andre offentlige arbejdsgivere i en anden forbundsstat eller på forbundsniveau, i princippet deres ret til tjenestemandspensionsordningen, med forbehold for deres nye offentlige arbejdsgivers regler. Dette skyldes, at der er koordinationsmekanismer mellem sagsøgte og andre offentlige arbejdsgivere i Tyskland.

52. Sagsøgte forklarede under retsmødet, at en sådan koordination mellem offentlige arbejdsgivere hvad angår pensioner til tjenestemænd, som vandrer *inden for* Tyskland, var fastsat i den på det relevante tidspunkt gældende lovgivning, dvs. ved sagsøgerens opsigelse af sin tjenestemandsstilling.

53. Endvidere blev kompetencen over tjenestemandspensioner efter forfatningsreformen i Tyskland i 2006 overført fra forbundsregeringen til forbundsstaterne. Denne ændring blev efterfulgt af indgåelsen af statstraktaten, som i betragtningerne understreger – ganske udtrykkeligt – betydningen af, at tjenestemænd er mobile inden for Tyskland, og det deraf følgende behov for koordination af deres pensionsrettigheder.

54. I lyset af disse elementer er det ikke min opfattelse, at udskiftningen af tjenestemandspensionsordningen med den almindelige lovbestemte pensionsordning er *egnet* til at gennemføre formålet om at sikre sagsøgtes offentlige tjenestes rette funktionsmåde. Det kan ikke påstås, at et sådant formål reelt forfølges på forbundsstaten Nordrhein-Westfalens niveau, hvis lovgivningen samtidig giver mulighed for »afgang« til andre forbundsstater og forbundstjenesten.

55. For fuldstændighedens skyld kan det tilføjes, at den omtvistede lovgivning går længere end nødvendigt, og at den ikke sikrer den rette balance mellem de forskellige involverede parters interesser.

28 — Jf. analogt kendelse Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, præmis 32 ff.) og dom Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 80 ff.). I de sager argumenterede henholdsvis den tyske og den østrigske regering for, at de omtvistede nationale foranstaltninger var begrundet i, at de belønnede tjenestemænds loyalitet, konkret universitetsprofessorer.

56. Hvad angår det *nødvendige* element er det åbenbart, at det anførte formål kunne forfølges ved mindre begrænsende midler. Som eksempel har den forelæggende ret i forelæggelseskendelsen anført, at tre forbundsstater – Baden-Württemberg, Hessen og Niedersachsen – tilbyder tjenestemænd, som er fratrådt, den mulighed at beholde deres pension svarende til deres seneste tjenesteår. Der er ikke grund til at antage, at disse forbundsstater ikke også forsøger at opnå formålet om »den offentlige tjenestes rette funktionsmåde«. Det afgørende er imidlertid, at de gør dette ved mindre byrdefulde midler.

57. Endelig er det min opfattelse, at den omtvistede lovgivning ikke rammer en *rimelig balance* mellem de involverede offentlige og private interesser. Sagsøgeren arbejdede for sagsøgte i mere end 20 år. Det er en væsentlig del af ens arbejdsliv. Ifølge forelæggelseskendelsen er sagsøgerens heraf følgende pensionsrettigheder under halvdelen af det, som de ville have været, hvis den omtvistede lovgivning ikke ophævede hans ret til tjenestemandspensionsordningen efter afrejsen til Østrig. En sådan følge forekommer mig at være særlig streng ud fra sagsøgerens synspunkt på den ene side, mens den er særlig fordelagtig for sagsøgtes på den anden side.

58. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål således, at artikel 45 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for national lovgivning, som fører til en væsentlig nedsættelse af en arbejdstagers, såsom sagsøgeren i hovedsagen, pensionsrettigheder på grund af dennes beslutning om at tage ansættelse i en anden medlemsstat.

B – *Det andet spørgsmål*

59. Den forelæggende ret ønsker med det andet præjudicielle spørgsmål i det væsentlige oplyst, hvilke handlinger de kompetente nationale myndigheder bør foretage sig, hvis det godtgøres, at artikel 45 TEUF er til hinder for den omtvistede lovgivning. Retten har spurgt om de følger, der skal drages af en mulig afgørelse om uforenelighed, og den måde, hvorpå en dom fra Domstolen skal gennemføres på nationalt plan.

60. Sådanne spørgsmål overlades sædvanligvis til de kompetente nationale myndigheders skøn i medfør af princippet om national processuel uafhængighed, og også fordi de indebærer fortolkning eller omformulering af national lovgivning [29]. For at give den forelæggende ret et brugbart svar på et spørgsmål, som den udtrykkeligt har stillet, vil jeg dog i det mindste behandle denne problemstilling ved at skitsere relevant vejledning, der kan udledes af Domstolens eksisterende praksis.

61. Min analyse vil have to niveauer, når jeg foreslår et svar på den forelæggende rets andet spørgsmål: strukturelt og individuelt.

29 — F.eks. anførte generaladvokat Lenz i sammenhæng med proceduren for præjudicielle afgørelser allerede i sit forslag til afgørelse Wagner Miret, at »Domstolen ikke [har] til opgave og heller ikke kompetence til at fortolke medlemsstaternes nationale retsforskrifter« (C-334/92, EU:C:1993:322, punkt 20).

1. Strukturelt niveau

62. Det fremgår af fast retspraksis, at national lovgivning, som ikke er forenelig med EU-retten, skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. Hvis det ikke er muligt, skal lovgivningen ikke anvendes [30]. Der er ikke desto mindre ingen særlig præference blandt de to: Rækkefølgen vil afhænge af det enkelte tilfælde [31]. Generelt kan en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten dog være mere tilrådelig, eftersom den mindsker indvirkningen på det nationale retssystem [32], forudsat at foreneligheden med EU-retten stadig kan sikres ved fortolkning.

63. Selv hvis en *fortolkning i overensstemmelse med EU-retten* er den foretrukne fremgangsmåde, har den sine åbenlyse begrænsninger. Domstolen har navnlig anerkendt, at en *fortolkning i overensstemmelse med EU-retten* ikke kan tjene som grundlag for en fortolkning af national ret *contra legem* [33].

64. Jeg er enig med sagsøgeren i, at en sådan grænse synes at være nået i denne sag. Det følger af forelæggelseskendelsen, og det blev yderligere forklaret under retsmødet, at de kompetente myndigheder kun kan yde pensionsrettigheder på grundlag af og inden for de grænser, som lovgivningen klart opstiller, hvilket kræves i henhold til legalitetsprincippet. Under de omstændigheder forekommer Kommissionens forslag om at læse bestemmelsen om »for så vidt som intet andet bestemmes i loven« i LBG NRW's § 28, stk. 3, som en henvisning til EU-retten og at forstå pensionsrettigheder på grundlag af denne fortolkning at gå for vidt. Om en sådan forståelse af national lovgivning faktisk vil føre til en fortolkning *contra legem*, skal den nationale ret imidlertid fastslå.

65. Når en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten derefter viser sig umulig, har den nationale ret stadig pligt til at give EU-retten fuld virkning, hvis der er behov herfor, ved at undlade at anvende uforenelige bestemmelser i national ret uden først at have ophævet disse bestemmelser [34].

66. I denne sag er det imidlertid sandsynligt, at denne metode til at undgå uforenelighed med EU-retten vil stille de kompetente nationale myndigheder over for tilsvarende praktiske problemer. Sociale sikringsorganer kan ikke fungere i et retligt tomrum, hvilket forekommer at være resultatet, hvis national ret i denne sag blot ikke anvendes. Om en undladelse af at anvende LBG NRW's § 28, stk. 3, vil skabe et sådant retligt tomrum, eller om der kan kompenseres herfor ved en anden bestemmelse i national ret, skal igen efterprøves af den nationale ret.

67. I lyset af det ovenstående er det rimeligt at indrømme, at en strukturel løsning, som kan bringe national ret i overensstemmelse med artikel 45 TEUF, sandsynligvis skal være en lovgivningsmæssig løsning, som både sagsøgeren og sagsøgte understregede under retsmødet. Hvad angår retten til social sikring kan administrative eller retslige myndigheders praksis for fortolkning af gældende regler i bred forstand eller ophævelse af disse regler på *ad hoc* grundlag ganske vist udgøre en »nødløsning« i et individuelt tilfælde for at kompensere for en systemisk løsning. I det lange løb opfylder det dog sandsynligvis ikke kravene om en forudsigelig retstilstand [35] og den administrative handlings lovlighed.

30 — Jf. bl.a. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:293, punkt 107-111 og den deri nævnte retspraksis).

31 — På den ene side jf. bl.a. domme Pflücke (C-125/01, EU:C:2003:477, præmis 48), Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, præmis 62-65) og Murphy m.fl. (157/86, EU:C:1988:62, præmis 11), som viser en præference for en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten. På den anden side jf. f.eks. dom Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, præmis 113 og 124), der anfører, at pligten til en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten bl.a. er pålagt i tilfælde, hvor en bestemmelse i et direktiv ikke har direkte virkning, dvs. at det antydes, at en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten kun er relevant, når den direkte virkning ikke er mulig.

32 — Jf. generelt Sacha Prechal, Directives in EC Law, 2. udg., Oxford University Press, 2005, s. 314 og 315.

33 — Senest bl.a. dom Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis).

34 — Senest bl.a. dom Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

35 — Der kan analogt henvises til Domstolens praksis i traktatbrudssager vedrørende gennemførelse af direktiver i denne henseende. Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-530/11, EU:C:2014:67, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

2. Individuelt niveau

68. Det fremgår igen af fast retspraksis, at det er de nationale retter, der skal sikre de retsundergivne den retsbeskyttelse, som følger af EU-rettens, såsom artikel 45 TEUF, direkte virkning[36]. Domstolen har endvidere fundet, at hvis en bestemmelse i national ret klassificeres som en uberettiget begrænsning af arbejdskraftens frie bevægelighed, »skal medlemmerne af den gruppe, der stilles ugunstigt, behandles på samme måde og være omfattet af de samme regler som de øvrige berørte«[37].

69. Jeg bemærker den vanskelighed, der kan være i denne sag, når det kommer til at beregne den pension, som sagsøgeren bør have ret til. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at det er muligt at foretage en sådan vurdering for sagsøgeren, selv om han ikke længere er ansat hos sagsøgte.

70. Det er min opfattelse, at sagsøgeren skal have ret til at forlade sagsøgtes tjeneste for at tage ansættelse i en anden medlemsstat, uden at hans pensionsrettigheder nedsættes mere end for arbejdstagere, som under sammenlignelige omstændigheder forlader sagsøgtes tjeneste, men fortsat er tjenestemænd et andet sted i Tyskland.

71. Det tilkommer de nationale myndigheder at fastslå, hvad sådanne sammenlignelige rettigheder er, og inden for national rets grænser at finde de midler, som giver dem beføjelsen til at give sagsøgeren disse rettigheder for den periode, han var ansat hos sagsøgte.

72. Af de ovenfor beskrevne grunde foreslår jeg Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål således, at det tilkommer de kompetente nationale myndigheder ved anvendelse af deres egen nationale ret og på grundlag af medlemsstaternes processuelle uafhængighed at identificere de midler, som giver dem beføjelse til at give sagsøgeren i hovedsagen pensionsrettigheder, der er sammenlignelige med de rettigheder, han ville have modtaget for den periode, hvor han var ansat hos sagsøgte, hvis han havde besluttet at tage ansættelse hos en anden offentlig arbejdsgiver i Tyskland.

73. Endelig og som et post scriptum bør det understreges, at analysen i dette forslag til afgørelse udelukkende vedrører en arbejdstagers »ret til afgang« fra arbejdsmarkedet i en medlemsstat, jf. artikel 45 TEUF. Som jeg har bemærket ovenfor, finder forordning nr. 883/2004 ikke anvendelse i denne sag. Forslagene i dette forslag til afgørelse påvirker derfor på ingen måde individuelle rettigheder eller medlemsstaternes forpligtelser i henhold til denne forordning.

V – Forslag til afgørelse

74. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Düsseldorf (forvaltningsdomstolen i Düsseldorf) forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 45 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for national lovgivning, som fører til en væsentlig nedsættelse af en arbejdstagers, såsom sagsøgeren i hovedsagen, pensionsrettigheder på grund af dennes beslutning om at tage ansættelse i en anden medlemsstat.

2) Det tilkommer de kompetente nationale myndigheder ved anvendelse af deres egen nationale ret og på grundlag af medlemsstaternes processuelle uafhængighed at identificere de midler, som giver dem beføjelse til at give sagsøgeren i hovedsagen pensionsrettigheder, der er sammenlignelige med de rettigheder, han ville have modtaget for den periode, hvor han var ansat hos sagsøgte, hvis han havde besluttet at tage ansættelse hos en anden offentlig arbejdsgiver i Tyskland.«

36 — Dom Factortame m.fl. (C-213/89, EU:C:1990:257, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis) eller generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Terhoeve (C-18/95 EU:C:1998:177, punkt 73).

37 — Dom Terhoeve (C-18/95, EU:C:1999:22, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).