Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 17 mars 2016[1]

Mål C-187/15

Joachim Pöpperl
mot
Land Nordrhein–Westfalen

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tyskland))

”Artikel 45 FEUF — Fri rörlighet för arbetstagare — Tjänstemän som lämnar sin medlemsstat för att påbörja en anställning i en annan medlemsstat — Lagstiftning enligt vilken rätten till tjänstepension ska gå förlorad och pensionsrättigheterna överföras till det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet”

I – **Inledning**

1. När offentligt anställda på eget initiativ lämnar sin tjänst inom delstaten Nordrhein–Westfalen (svaranden) innan de uppnår pensionsåldern, omfattas de inte längre av det särskilda tjänstepensionssystemet för offentligt anställda. De försäkringsperioder som de har fullgjort inom detta särskilda system överförs retroaktivt till det allmänna pensionsförsäkringssystemet. Slutresultatet av en sådan överföring kan emellertid bli att tjänstemannen i slutändan får en betydligt lägre pension.

2. Joachim Pöpperl (sökanden) var tidigare anställd som tjänsteman inom delstaten Nordrhein–Westfalen. Han lämnade sin tjänst för att påbörja en anställning i Österrike. Med de frågor som den nationella domstol som prövar Joachim Pöpperls talan, Verwaltungsgericht Düsseldorf (förvaltningsdomstolen i Düsseldorf), har hänskjutit för avgörande vill nämnda domstol i huvudsak få klarhet i huruvida den obligatoriska överföringen till det lagstadgade pensionsförsäkringssystemet och motsvarande minskning av Joachim Pöpperls pensionsrättigheter är förenlig med den fria rörlighet för arbetstagare som garanteras i artikel 45 FEUF.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

3. Artikel 45 i FEUF har följande lydelse:

”1. Fri rörlighet för arbetstagare ska säkerställas inom unionen.

1 — Originalspråk: engelska.

2. Denna fria rörlighet ska innebära att all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet ska avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor.

…

4. Bestämmelserna i denna artikel skall inte tillämpas på anställning i offentlig tjänst.”

4. Artikel 60 i förordning (EG) nr 883/2004[2] innehåller ”Särskilda bestämmelser för offentligt anställda”. I artikel 60.2 föreskrivs följande:

”2. Om en behörig medlemsstats lagstiftning för förvärv, förlust, bibehållande eller återfående av rätt till förmåner enligt ett särskilt system för offentligt anställda kräver att alla försäkringsperioderna har fullgjorts enligt ett eller flera särskilda system för offentligt anställda i den medlemsstaten eller betraktats som likvärdiga med sådana perioder enligt den medlemsstatens lagstiftning, skall den behöriga institutionen i den staten […] endast beakta de perioder som kan erkännas enligt den lagstiftning som institutionen tillämpar.

Om den berörda personen, sedan sådana fullgjorda perioder har beaktats, inte uppfyller villkoren för uppbärande av dessa förmåner, skall dessa perioder beaktas vid utgivande av förmåner enligt det allmänna systemet eller, om ett sådant saknas, enligt det system som gäller för arbetare eller tjänstemän, beroende på vad som är tillämpligt.”

B – *Nationell rätt*

5. Den nationella lagstiftning som reglerar Joachim Pöpperls pensionsrättigheter är dels bok VI i den tyska sociallagen (nedan kallad SGB VI),[3] dels två lagar som antagits av delstaten Nordrhein–Westfalen, nämligen lagen om tjänstepension för offentligt anställda i delstaten Nordrhein–Westfalen (nedan kallad LBeamtVG NRW)[4] och lagen om offentlig anställning i delstaten Nordrhein–Westfalen (nedan kallad LBG NRW).[5]

6. Pensionsrättigheterna för offentligt anställda inom Nordrhein–Westfalen regleras av LBeamtVG NRW. I 4 § i den lagen anges bland annat att pensionen ska beräknas på grundval av pensionsgrundande ersättningar och pensionsgrundande anställningsperioder. Samtidigt följer det av 28 § tredje punkten LBG NRW att ”[en] tidigare tjänsteman [inte] har […] rätt till förmåner av arbetsgivaren efter uppsägningen, såvida annat inte föreskrivs i lag …”.

7. På federal nivå anges ramarna för det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet i 1 § SGB VI. Även om offentligt anställda tjänstemän enligt 5 § SGB VI är undantagna från det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet innebär 8 § att sådana tjänstemän omfattas av systemet om de lämnar ”anställningen utan att ha rätt till pension eller har förlorat sin rätt till pension …”. Det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet omfattar då även sådana perioder under vilka den berörda personen varit undantagen från detta system.

2 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (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).

8. I 107b § i lagen om pensioner för tjänstemän och domare på förbundsstats- och delstatsnivå [6] (nedan kallad BeamtVG) anges allmänna bestämmelser om fördelningen av kostnaderna för den tjänstepension som offentligrättsliga arbetsgivare ska betala till en offentligt anställd tjänsteman som, under hans eller hennes yrkeskarriär, byter offentligrättslig arbetsgivare genom att flytta från en delstat till en annan delstat eller som lämnar sin anställning i en delstat för att påbörja en federal anställning eller vice versa. Den bestämmelsen och tillhörande tysk lagstiftning samordnar pensionerna för tjänstemän som byter från en offentligrättslig arbetsgivare i Tyskland till en annan offentligrättslig arbetsgivare i Tyskland.

9. Nämnda 107b § BeamtVG ändrades till följd av ingåendet av statsfördraget om fördelningen av kostnaderna för tjänstepensioner vid förbundsstats- och delstatsgränsöverskridande byte av arbetsgivare (nedan kallat statsfördraget). [7] Statsfördraget var resultatet av en författningsreform från 2006 som bland annat innebar att behörigheten för tjänstepensioner för offentligt anställda flyttades från den federala regeringen till delstaterna.

III – **Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna**

10. Under perioden från den 1 september 1978 till den 31 augusti 1999 arbetade Joachim Pöpperl som offentligt anställd (lärare) inom delstaten Nordrhein–Westfalen. Den 31 augusti 1999 sade han upp sig från sin tjänst för att påbörja en anställning som lärare i den österrikiska delstaten Kärnten.

11. Genom beslut av den 25 april 2013 underrättade delstaten Nordrhein–Westfalen Joachim Pöpperl om att han, eftersom han på eget initiativ hade sagt upp sig från sin tjänst, inte längre omfattades av tjänstepensionssystemet för offentligt anställda. I stället hade han överförts till det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet och försäkrats retroaktivt för hela den tid som han hade arbetat för delstaten Nordrhein–Westfalen.

12. Enligt den hänskjutande domstolen uppgår Joachim Pöpperls pension enligt det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet till 1 050,67 euro per månad. Om Joachim Pöpperl i stället för att överföras till det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet hade haft rätt att omfattas av tjänstepensionssystemet för offentligt anställda och kunnat tillgodoräkna sig sin anställningstid inom delstaten Nordrhein–Westfalen, hade han emellertid haft rätt till en pension på 2 263,03 euro, eller till och med 2 728,18 euro, per månad. [8]

13. På grund av Joachim Pöpperl tjänstemannastatus var det inte möjligt för honom att teckna en tilläggspensionsförsäkring och han kunde inte teckna en sådan retroaktivt. Han gjorde ett försök men delstaten Nordrhein–Westfalen avslog hans ansökan genom beslut av den 10 februari 2009.

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

7 — Staatsvertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln, vom 16. Dezember 2009 und 26. Januar 2010 (BGBl. 2010 I S. 1290). Statsfördrag av den 16 december 2009 och 26 januari 2010 om fördelningen av kostnaderna för tjänstepensioner vid förbundsstats- och delstatsgränsöverskridande byte av arbetsgivare. Statsfördraget trädde i kraft den 1 januari 2011.

8 — För fullständighetens skull bör det påpekas att den tyska regeringen och delstaten Nordrhein–Westfalen kritiserar den jämförelse som den hänskjutande domstolen har gjort beträffande Joachim Pöpperls pension enligt, å ena sidan tjänstepensionssystemet och, å andra sidan, det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet. De har gjort gällande att de två pensionskategorierna har olika karaktär och att specifika pensionsbelopp endast kan fastställas när personen i fråga faktiskt går i pension, mot bakgrund av den rättsliga situation som råder vid den tidpunkten. Jag delar inte denna uppfattning, och detta av två skäl. Vad för det första gäller frågan huruvida en sådan jämförelse är relevant måste jag utgå från den hänskjutande domstolens bedömning. För det andra kan klassificeringen av tjänstepensioner enligt tysk rätt inte påverka den oberoende unionsrättsliga bedömningen av det systemet, som till sin natur inriktas på ett nationellt systems faktiska funktion, och inte på hur det specifikt kan klassificeras enligt nationell rätt. Ur denna synvinkel förefaller det inte finnas någon anledning att ifrågasätta den jämförelse som den hänskjutande domstolen har gjort. Vad gäller det särskilda tjänstepensionssystemet övergripande funktion kan detta system absolut betraktas som ett särskilt pensionssystem för offentligt anställda.

14. Joachim Pöpperl har invänt mot ovannämnda överföring från tjänstepensionssystemet till det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet och väckte talan avseende nämnda överföring vid Verwaltungsgericht Düsseldorf. I begäran om förhandsavgörande redogörs inte i detalj för vilka argument Joachim Pöpperl framställt i det nationella målet. Av lydelsen av begäran om förhandsavgörande framgår dock att han anser att överföringen är oförenlig med artikel 45 FEUF.

15. Verwaltungsgericht Düsseldorf har beslutat att vilandeförklara målet och begära ett förhandsavgörande avseende följande frågor:

”1) Ska artikel 45 FEUF tolkas så, att den utgör hinder mot nationell lagstiftning enligt vilken en person som har anställning som tjänsteman i en medlemsstat förlorar de rättigheter till pension som följde av dennes status som tjänsteman, av det skälet att vederbörande påbörjat en anställning i en annan medlemsstat och på eget initiativ avslutat sin anställning som tjänsteman när det i den nationella lagstiftningen samtidigt föreskrivs att personen i fråga med hänsyn till den bruttolön som uppburits av anställningen som tjänsteman ska försäkras retroaktivt inom det lagstadgade pensionsförsäkringssystemet, varvid de pensionsrättigheter som följer därav är lägre än de pensionsrättigheter som gått förlorade?

2) Om den första frågan – för alla eller vissa tjänstemän – besvaras jakande: Ska artikel 45 FEUF tolkas så, att det offentliga organ vid vilket tjänstemannen tidigare varit anställd, i avsaknad av andra nationella bestämmelser, antingen ska utbetala denna pension med hänsyn till de pensionsgrundande tjänsteår som intjänats inom ramen för den tidigare anställningen som tjänsteman, med nedsättning av den rätt till pension som uppkommit till följd av den retroaktiva försäkringen eller på annat sätt ekonomiskt kompensera pensionsförlusten, trots att enbart de förmåner för offentligt anställda tjänstemän som föreskrivs enligt den nationella lagstiftningen får beviljas enligt denna lagstiftning?”

16. Skriftliga yttranden har inkommit från den tyska regeringen, delstaten Nordrhein–Westfalen [9] och kommissionen. Alla dessa, samt Joachim Pöpperl, [10] yttrade sig även muntligen vid den förhandling som hölls den 14 januari 2016.

IV – **Bedömning**

A – *Den första frågan*

17. Genom sin första fråga vill Verwaltungsgericht Düsseldorf i huvudsak få klarhet i huruvida artikel 45 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning som retroaktivt ändrar, till nackdel för den som mottar pensionen, det pensionssystem som gäller för en offentligt anställd tjänsteman som har sagt upp sig för att påbörja en anställning i en annan medlemsstat.

18. För att bedöma huruvida den omtvistade lagstiftningen utgör diskriminering eller en inskränkning (eller båda) som är oförenlig med den fria rörligheten för arbetstagare (avsnitt 2), ska jag först fastställa vilka unionsrättsliga bestämmelser som är relevanta för den bedömningen (avsnitt 1).

9 — Genom en skrivelse av den 10 augusti 2015 meddelade delstaten Nordrhein-Westfalen att den till fullo anslöt sig till den tyska regeringens uppfattning och inkom inte med något eget skriftligt yttrande.

10 — Joachim Pöpperl inkom med ett skriftligt yttrande, men efter det att det administrativa förfarandet hade avslutats.

1. Tillämpliga bestämmelser

19. Joachim Pöpperl, delstaten Nordrhein–Westfalen och kommissionen är alla överens om att artikel 45 FEUF är tillämplig på de faktiska omständigheterna i förevarande mål. Det råder ingen tvekan om att Joachim Pöpperl är en arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF.[11] Samtidigt omfattas hans situation inte av det undantag för anställning i offentlig tjänst som anges i artikel 45.4 FEUF.[12]

20. Frågan om huruvida artikel 45 är tillämplig i förevarande mål bereder därför inte något problem. Det gör däremot frågan om huruvida förordning nr 883/2004 är relevant.

21. Den tyska regeringen och delstaten Nordrhein–Westfalen åberopar förordning nr 883/2004, och särskilt artikel 60.2 i denna, till stöd för sin uppfattning att den nationella lagstiftningen är förenlig med artikel 45 FEUF. Joachim Pöpperl hänvisar också till förordning nr 883/2004, men i ett annat syfte. Han framhåller den vikt som i den förordningen läggs vid skyddandet av förvärvade rättigheter.

22. Det är uppenbart att de sociala trygghetssystemen för offentligt anställda av i dag samordnas av förordning nr 883/2004. Ursprungligen omfattades inte särskilda system för offentligt anställda av medlemsstaternas samordning enligt förordning (EEG) nr 1408/71,[13] föregångaren till förordning nr 883/2004. Som en reaktion på domstolens dom i målet Vougioukas[14] avskaffades det undantaget genom förordning (EG) nr 1606/98.[15]

23. Trots att förordning nr 883/2004 är allmänt tillämplig på offentligt anställdas pensioner är denna förordning, mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i förevarande mål, emellertid inte tillämplig på Joachim Pöpperls situation. Som kommissionen med rätta har påpekat är Joachim Pöpperls mål inte att få sina pensionsrättigheter överförda från en medlemsstat till en annan. Han vill snarare få behålla de pensionsrättigheter han har förvärvat i Tyskland inom ramen för tjänstepensionssystemet, trots hans beslut att påbörja en anställning i Österrike.

24. Den faktiska situationen i det nationella målet rör inte samordning av Joachim Pöpperls pensionsrättigheter i den mening som avses i förordning nr 883/2004. Den förordningen är således inte tillämplig i förevarande mål. Min bedömning i detta förslag till avgörande kommer därför uteslutande att avse artikel 45 FEUF.

2. Materiell bedömning

25. Domstolen har slagit fast att medlemsstaterna bibehåller sin behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem. Domstolen har emellertid även flera gånger slagit fast att medlemsstaterna, när de utövar denna behörighet, måste iaktta fördragets bestämmelser om fri rörlighet för arbetstagare.[16]

11 — Se, bland annat, beslut Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, punkt 19).

12 — För det första avser det undantaget *tillträde* till anställning, vilket inte är aktuellt i förevarande mål. För det andra har domstolen fastställt att en lärare inte omfattas av det undantaget. Se beslut Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, punkterna 21–23 och där angiven rättspraxis).

13 — Rådets förordning av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, 1971, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57). Enligt artikel 4.4 i den förordningen gällde denna ”… inte … särskilda system för statligt anställda och personer som behandlas som sådana”.

14 — C-443/93, EU:C:1995:394.

15 — **Rådets förordning av den 29 juni 1998 om ändring av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 i syfte att utvidga denna till att omfatta särskilda system för offentligt anställda** (EGT L 209, 1998, s. 1).

16 — Allra senast i dom kommissionen/Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, punkt 38 och där angiven rättspraxis). Se även dom Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, punkt 43).

26. Ovannämnda bestämmelser, däribland artikel 45 FEUF, syftar till att underlätta för unionsmedborgarna att utöva yrkesverksamhet inom Europeiska unionen. De utgör hinder för åtgärder som kan innebära att unionsmedborgare missgynnas när de önskar bedriva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat. [17]

27. Rent intuitivt framgår det klart att Joachim Pöpperl i viss mån missgynnas av den omtvistade nationella lagstiftningen, på grund av sitt beslut att påbörja en anställning i Österrike. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat har detta resulterat i att Joachim Pöpperl har förlorat mer än hälften av sina pensionsrättigheter, sett till beloppet.

28. Den fråga som återstår att besvara är emellertid vilken typ av nackdel som den nationella lagstiftningen utgör? Dessutom är frågan huruvida denna kan motiveras? Jag kommer att bedöma huruvida den omtvistade lagstiftningen är diskriminerande (avsnitt a), eller om den utgör en inskränkning i den fria rörligheten för arbetstagare (avsnitt b), och om så är fallet huruvida en sådan diskriminering eller inskränkning kan motiveras (avsnitt c).

a) Huruvida det föreligger diskriminering

29. Den omtvistade nationella lagstiftningen är tillämplig på offentligt anställda utan åtskillnad på grundval av nationalitet. Det framgår därför klart att det inte föreligger någon *direkt* diskriminering. Den förbjudna grunden för särbehandling (nationalitet) utgör inte grunden för särbehandling i förevarande mål. [18]

30. Artikel 45 FEUF förbjuder emellertid inte bara direkt diskriminering på grund av nationalitet, utan även indirekt diskriminering. [19]

31. Som indirekt diskriminering klassificerar domstolen nationell lagstiftning som gäller oberoende av nationalitet, men som samtidigt *till sin natur* innebär en risk för att medborgare i andra medlemsstater påverkas *i högre grad* än medborgarna i landet och följaktligen riskerar att *särskilt* missgynna medborgarna i andra medlemsstater. [20] Domstolen har även konstaterat att ”[f]ör att en åtgärd ska anses vara indirekt diskriminerande krävs det inte att den gynnar alla nationella medborgare eller endast missgynnar medborgare i andra medlemsstater med uteslutande av nationella medborgare”. [21] Dessutom är det inte nödvändigt att slå fast att den aktuella bestämmelsen i praktiken påverkar en väsentligt större andel migrerande arbetstagare. Det är tillräckligt att konstatera att bestämmelsen kan få sådana verkningar. [22]

32. I förevarande mål har kommissionen gjort gällande att den omtvistade lagstiftningen leder till indirekt diskriminering på grund av att den till sin natur innebär en risk för att migrerande arbetstagare påverkas i högre grad och att dessa följaktligen är särskilt missgynnade jämfört med nationella arbetstagare.

17 — Dom kommissionen/Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, punkt 39 och där angiven rättspraxis) och dom kommissionen/Belgien (C-317/14, EU:C:2015:63, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

18 — Dom kommissionen/Frankrike (167/73, EU:C:1974:35, punkterna 44–46) och dom Marsman (44/72, EU:C:1972:120, punkt 4).

19 — Dom Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, punkt 14 och där angiven rättspraxis).

20 — Dom Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458, punkt 32 och där angiven rättspraxis), dom Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, punkt 26 och där angiven rättspraxis), dom Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, punkt 41 och där angiven rättspraxis) och dom O’Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, punkterna 18–20). Min kursivering.

21 — Dom Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, punkt 27) och dom Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

22 — Dom Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

33. Såsom den tyska regeringen och delstaten Nordrhein–Westfalen har förklarat är tillämpningen av den omtvistade lagstiftningen inte kopplad till att tjänstemannen lämnat sin tjänst för att påbörja en anställning i annan medlemsstat. Tillämpningen av lagstiftningen utlöses därför inte av att en tjänsteman flyttar till en annan medlemsstat. Den utlöses av att han eller hon lämnar tjänsten som offentligt anställd inom delstaten Nordrhein–Westfalen. Enligt den tyska regeringen och Nordrhein–Westfalen befinner sig arbetstagare som lämnar en offentlig tjänst för att börja arbeta för andra, privata arbetsgivare i Tyskland i exakt samma position som de arbetstagare som lämnar sin tjänst för att flytta utomlands.

34. Den uppfattning som den tyska regeringen och Nordrhein–Westfalen har gett uttryck för är inte ologisk. Inget i den omtvistade lagstiftningens funktion gör att den *till sin natur* innebär en risk för att medborgare i andra medlemsstater påverkas i högre grad än medborgarna i landet och att lagstiftningen följaktligen riskerar att *särskilt* missgynna medborgarna i andra medlemsstater, om man accepterar att den utlösande faktorn för en sådan konsekvens är att den berörda personen lämnar sin offentliga tjänst.

35. Jag vill framhålla samtliga tre uttryck som används i domstolens definition av indirekt diskriminering: *till sin natur, i högre grad* och *särskilt*. De speglar kärnan i förbudet mot indirekt diskriminering. Till följd av vad som förefaller vara neutrala grunder för särbehandling innebär lagstiftningen eller systemet i fråga att den skyddade gruppen (i förevarande fall migrerande arbetstagare) drabbas hårdare än den allmänna gruppen (i förevarande fall de personer som stannar kvar i Tyskland med lämnar sin offentliga tjänst). I fall som rör indirekt diskriminering kan en sådan första bedömning (*till sin natur*) sedan kompletteras med statistiska argument: personer som tillhör den skyddade gruppen drabbas *i högre grad* och/eller missgynnas *särskilt*.

36. Av de faktiska omständigheterna i förevarande mål att döma förefaller inget av dessa krav emellertid vara uppfyllt. Vid ett första påseende behandlar nämligen den omtvistade lagstiftningen migrerande och icke-migrerande arbetstagare lika. Båda grupperna förlorar sin rätt till tjänstepension om de lämnar sin offentliga tjänst inom delstaten Nordrhein–Westfalen. Dessutom är det inte utrett att migrerande arbetstagare, rent kvantitativt, i högre grad skulle drabbas av den aktuella bestämmelsen än de arbetstagare som stannar kvar i Tyskland men lämnar sin offentliga tjänst. I själva verket skulle det mycket väl kunna vara tvärtom. Antalet personer som förlorar sin rätt till tjänstepension på grund av att de byter till en privat arbetsgivare inom Tyskland kan till och med vara högre än antalet personer vars pensionsrättigheter går förlorade på grund av en flytt till en annan medlemsstat.

37. Därför anser jag inte att den omtvistade lagstiftningen, vid ett första påseende, *till sin natur* riskerar att *i högre grad* påverka migrerande arbetstagare än nationella arbetstagare. Följaktligen anser jag att den omtvistade lagstiftningen inte indirekt diskriminerar mellan migrerande och icke-migrerande arbetstagare.

b) Huruvida det föreligger en inskränkning

38. Räckvidden för artikel 45 FEUF begränsas emellertid inte till direkt och indirekt diskriminering på grund av nationalitet. Enligt domstolens fasta praxis [23] omfattar artikel 45 FEUF även nationella bestämmelser som är tillämpliga oberoende av de berörda arbetstagarnas nationalitet, men som hindrar eller avskräcker en arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat från att lämna sitt hemland för att utöva sin rätt till fri rörlighet. Detta gäller även nationella bestämmelser som utan åtskillnad tillämpas i både nationella och gränsöverskridande situationer, men som direkt påverkar tillträdet till arbetsmarknaden i andra medlemsstater. [24]

39. Det är således uppenbart att det utöver kategorierna direkt och indirekt diskriminering även finns kategorin ”inskränkning”. För att en nationell åtgärd ska falla inom denna kategori räcker det att åtgärden kan *utgöra ett hinder för* eller *göra det mindre attraktivt* att utöva den aktuella friheten. Inom ramen för denna logik får jämförelsen mellan referensgrupper (som är det viktigaste analysverktyget för båda typerna av diskriminering) minskad betydelse. När det gäller kategorin inskränkning ligger fokus i stället på den skyddade gruppen, det vill säga de migrerande arbetstagarna, och den omtvistade åtgärdens följder för sannolikheten att dessa utövar sin rätt till fri rörlighet enligt fördraget.

40. Domstolen bedömde nyligen cypriotisk lagstiftning som berövade tjänstemän som inte uppnått 45 års ålder deras pensionsrättigheter när de sade upp sig från sin anställning inom den cypriotiska offentliga sektorn för att utöva förvärvsverksamhet i en annan medlemsstat. Domstolen förklarade att sådana bestämmelser kan avskräcka tjänstemän från att lämna sin anställning inom den cypriotiska offentliga sektorn. Den konstaterade att den omtvistade lagstiftningen inskränkte den fria rörligheten för arbetstagare eftersom den direkt påverkade cypriotiska tjänstemäns tillträde till arbetsmarknaderna i andra medlemsstater. [25]

41. Samma analys bör även tillämpas i förevarande mål. En lärare som innehar en offentlig tjänst inom delstaten Nordrhein–Westfalen och som vill påbörja en anställning i en annan medlemsstat är tvungen av avsäga sig sin tjänstemannastatus och de förmåner som är kopplade till den. Jag delar kommissionens uppfattning att detta förmodligen gör det svårare, eller helt säkert mindre attraktivt, att utöva rätten till fri rörlighet och avskräcker en sådan person från att lämna sin anställning inom delstaten.

42. Samtidigt anser jag att den omtvistade lagstiftningens avskräckande effekt inte är för indirekt eller osäker. [26] Med andra ord finns det en tillräcklig starkt koppling mellan den aktuella nationella lagstiftningen och dess effekt på migrerande arbetare. Som jag påpekade i föregående avsnitt, delar jag den tyska regeringens och delstaten Nordrhein–Westfalens uppfattning att den *omedelbara* orsaken, eller den utlösande faktorn, till att Joachim Pöpperls pension minskade var att han lämnade sin offentliga tjänst inom delstaten Nordrhein–Westfalen. För att kunna påbörja en anställning i Österrike var han emellertid tvungen att lämna sin offentliga tjänst. Att han förlorade en stor del av sin pension utgjorde därför en mycket *direkt* och *säker* konsekvens och hade ett tydligt samband med utövandet av hans rätt till fri rörlighet.

23 — Se, exempelvis, dom Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, punkt 30 och där angiven rättspraxis), dom Las (C-202/11, EU:C:2013:239, punkt 20), dom Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, punkt 22), dom Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, punkt 45 och där angiven rättspraxis) och dom Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punkt 96 och där angiven rättspraxis).

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

25 — Dom kommissionen/Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, punkterna 45, 47 och 51 och där angiven rättspraxis).

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

43. I analogi med domstolens uppfattning i domen kommissionen/Cypern anser jag således att den lagstiftning som är i fråga i förevarande mål utgör en inskränkning av den fria rörligheten för arbetstagare. Den avskräcker tjänstemän som är anställda av delstaten Nordrhein–Westfalen från att lämna sin tjänst för att få tillträde till arbetsmarknaden i andra medlemsstater.

c) Huruvida inskränkningen är motiverad

44. En nationell åtgärd som medför en inskränkning av den fria rörligheten för arbetstagare är inte tillåten enligt artikel 45 FEUF, såvitt den inte syftar till att uppfylla ett av de legitima mål som förtecknas i fördraget eller motiveras av tvingande skäl av allmänintresse.

45. Tillämpningen av en sådan åtgärd måste stå i proportion till det legitima mål som eftersträvas. I regel innebär en bedömning av huruvida en åtgärd är proportionell en prövning av överensstämmelsen mellan de mål som angetts och de medel som valts för att nå dessa. För att uppfylla proportionalitetsprincipen ska de åtgärder som föreskrivs i nationell lagstiftning vara *ändamålsenliga* för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med lagstiftningen, de får inte gå utöver vad som är *nödvändigt* för att nå målen (när det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd som är minst ingripande väljas), och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen (*intern balansering* eller proportionalitet i strikt mening). [27]

46. Delstaten Nordrhein–Westfalen och den tyska regeringen har gjort gällande att lagstiftningen motiveras av det legitima målet att säkerställa att ”den offentliga förvaltningen fungerar på ett tillfredsställande sätt”.

47. Det ska framhållas att delstaten Nordrhein–Westfalen vid förhandlingen bekräftade att detta mål eftersträvas på *delstatsnivå* (och inte på federal nivå). Jag kommer därför att beakta detta vid min bedömning av det målet. Villkoret att tjänstepensionssystemet endast gäller för tjänstemän som förblir anställda av delstaten Nordrhein–Westfalen fram till pensioneringen syftar till att behålla kvalificerad arbetskraft i den delstatens offentliga förvaltning.

48. Jag medger att ett sådant mål kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse. [28]

49. Första steget i proportionalitetsanalysen består av en bedömning av huruvida den metod som valts, det vill säga en minskning av pensionsrättigheterna för arbetstagare som lämnar sin offentliga tjänst inom delstaten före pensioneringen, är *ändamålsenliga* för att nå det angivna målet, nämligen att behålla kvalificerad arbetskraft i delstaten Nordrhein–Westfalens offentliga förvaltning.

50. Enligt min mening är så inte fallet, och det av det enkla skälet att även om målet för den omtvistade lagstiftningen är att behålla kvalificerade tjänstemän som anställda inom delstaten Nordrhein–Westfalen är det enligt samma lagstiftning tillåtet för tjänstemän som är anställda inom den delstaten att påbörja en anställning i andra tyska delstater eller på federal nivå.

27 — Dom Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, punkt 58 och där angiven rättspraxis), dom kommissionen/Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30, punkt 54), dom Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, punkt 36 och där angiven rättspraxis) och dom Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, punkt 30 och där angiven rättspraxis). Se även mitt förslag till avgörande i mål C-134/15, Lidl (punkt 40 och där angiven rättspraxis).

28 — Se, analogt, beslut Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, punkt 32 och följande punkter), och dom Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 80 och följande punkter). I dessa mål argumenterade den tyska respektive den österrikiska regeringen för att de nationella åtgärderna i fråga var motiverade eftersom de belönade lojaliteten hos offentliga tjänstemän, i de aktuella fallen universitetsprofessorer.

51. Vid förhandlingen förklarade delstaten Nordrhein–Westfalen att tjänstemän som lämnar delstaten Nordrhein–Westfalen för att påbörja en anställning hos andra offentliga arbetsgivare i andra delstater eller på federal nivå i princip behåller sin rätt att omfattas av tjänstepensionssystemet, med förbehåll för den nya arbetsgivarens bestämmelser. Det beror på att det finns olika samordningsmekanismer mellan delstaten Nordrhein–Westfalen och andra offentliga arbetsgivare i Tyskland.

52. Vid förhandlingen förklarade delstaten Nordrhein–Westfalen vidare att en sådan samordning mellan offentliga arbetsgivare av pensioner för tjänstemän som flyttar *inom* Tyskland tillhandahölls genom den lagstiftning som tillämpades vid den aktuella tidpunkten, det vill säga när Joachim Pöpperl lämnade sin offentliga tjänst.

53. Efter 2006 års författningsreform i Tyskland överfördes dessutom behörigheten för tjänstepensioner från den federala regeringen till delstaterna. Denna ändring följdes av ingåendet av statsfördraget, i vars ingress det uttryckligen understryks hur viktigt det är med tjänstemäns rörlighet inom Tyskland och att deras pensionsrättigheter därför behöver samordnas.

54. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag inte att ersättandet av tjänstepensionssystemet med det allmänna lagstadgade pensionsförsäkringssystemet är *ändamålsenligt* för att nå målet om att säkerställa att den offentliga förvaltningen i delstaten Nordrhein–Westfalen fungerar på ett tillfredsställande sätt. Det kan inte hävdas att ett sådant mål eftersträvas på delstatsnivå i Nordrhein–Westfalen om den tillämpliga lagstiftningen samtidigt tillåter att tjänstemän som är anställda inom den delstaten att påbörja en anställning i andra tyska delstater eller på federal nivå.

55. För fullständighetens skull kan det tilläggas att den omtvistade lagstiftningen går utöver vad som är nödvändigt och inte upprätthåller en tillfredsställande balans mellan de olika berörda parternas intressen.

56. När det gäller huruvida åtgärden är *nödvändig* är det uppenbart att det angivna målet hade kunnat eftersträvas med hjälp av mindre ingripande metoder. I sin begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen exempelvis påpekat att tre delstater – Baden-Württemberg, Hessen och Niedersachsen – erbjuder tjänstemän som har lämnat sin tjänst en möjlighet att behålla pensionsrättigheter som motsvarar deras tidigare anställningstid. Det finns ingen anledning att betvivla att även dessa delstater strävar efter att uppfylla målet om att säkerställa att ”den offentliga förvaltningen fungerar på ett tillfredsställande sätt”. Det viktiga är dock att de gör så på ett mindre ingripande sätt.

57. Slutligen anser jag att den omtvistade lagstiftningen inte upprätthåller en *rimlig balans* mellan de berörda offentliga och privata intressena. Joachim Pöpperl arbetade för delstaten Nordrhein–Westfalen i mer än 20 år. Det är en stor del av en persons yrkesliv. Enligt begäran om förhandsavgörande har de pensionsrättigheter som Joachim Pöpperl förvärvat genom sin anställning blivit mindre än hälften så stora än vad de hade blivit om den omtvistade lagstiftningen inte hade inneburit att han inte längre hade rätt att omfattas av tjänstepensionssystemet när han lämnade sin tjänst för att påbörja en anställning i Österrike. För det första verkar en sådan konsekvens drabba Joachim Pöpperl särskilt hårt och för det andra verkar den vara särskilt gynnsam för delstaten Nordrhein–Westfalen.

58. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den första tolkningsfrågan på följande sätt. Artikel 45 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning som leder till en betydande minskning av en arbetstagares pensionsrättigheter, som för klaganden i det nationella målet, på grund av dennes beslut att påbörja en anställning i en annan medlemsstat.

B – *Den andra frågan*

59. Genom sin andra tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i vilka åtgärder de behöriga nationella myndigheterna bör vidta om det fastställs att artikel 45 FEUF utgör hinder för den omtvistade lagstiftningen. Den hänskjutande domstolen vill veta vad konsekvenserna blir om nämnda lagstiftning skulle förklaras oförenlig med unionsrätten och hur en sådan dom från domstolen bör verkställas på nationell nivå.

60. I enlighet med principen om medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor, och även på grund av att sådana frågor innebär tolkning och eventuellt omarbetning av nationella lagar, överlämnas avgörandet av dessa frågor traditionellt sett till behöriga nationella myndigheter.[29] För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar på en uttrycklig fråga kommer jag dock att åtminstone beröra frågan genom att redogöra för vilken relevant vägledning som domstolens hittillsvarande praxis kan ge.

61. För att besvara den hänskjutande domstolens andra fråga kommer jag att använda mig av en bedömning på två nivåer, en strukturell och en individuell.

1. Strukturell nivå

62. Enligt fast rättspraxis ska nationell lagstiftning som inte är förenlig med unionsrätten tolkas unionsrättskonformt. Om detta visar sig omöjligt ska lagstiftningen inte tillämpas.[30] Trots det råder det ingen strikt rangordning mellan en unionsrättskonform och en icke unionsrättskonform tolkning. Vilken tolkning som ska ges företräde avgörs från fall till fall.[31] I regel kan dock unionsrättskonform tolkning vara att föredra eftersom en sådan påverkar den nationella rättsordningen i minst utsträckning,[32] förutsatt att det med hjälp av tolkning fortfarande går att garantera att lagstiftningen är förenlig med unionsrätten.

63. Även om *unionsrättskonform tolkning* kanske är att föredra har den sina tydliga begränsningar Domstolen har framför allt uppmärksammat att unionsrättskonform tolkning inte kan tjäna som grund för att nationell rätt tolkas *contra legem*.[33]

64. Jag håller med Joachim Pöpperl om att en sådan gräns tycks ha nåtts i förevarande fall. Det följer av begäran om förhandsavgörande, och förklarades närmare vid förhandlingen, att de behöriga myndigheterna endast kan bevilja rätt till pension grundat på och inom de gränser som tydligt fastställts i lag, i enlighet med principen om likabehandling. Under dessa omständigheter förefaller kommissionens förslag att bestämmelsen ”såvida annat inte föreskrivs i lag” i 28 § tredje punkten LBG NRW ska förstås som en hänvisning till unionsrätten gå lite för långt. Det ankommer dock på den nationella domstolen att avgöra huruvida en sådan tolkning av den nationella lagstiftningen verkligen skulle leda till en tolkning *contra legem*.

29 — Inom ramen för förfarandet för förhandsavgöranden konstaterade exempelvis redan generaladvokaten Lenz i sitt förslag till avgörande i målet Wagner Miret att domstolen varken hade till uppgift eller var behörig att tolka medlemsstaternas lagstiftning. (C-334/92, EU:C:1993:322, punkt 20).

30 — Se, bland annat, generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:293, punkterna 107–111 och där angiven rättspraxis).

31 — Se å ena sidan, bland annat, dom Pflücke (C-125/01, EU:C:2003:477, punkt 48), dom Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, punkterna 62–65) och dom Murphy m.fl. (157/86, EU:C:1988:62, punkt 11), enligt vilka en unionsrättskonform tolkning är att föredra. Se å andra sidan, exempelvis, dom Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, punkterna 113 och 124), enligt vilken skyldigheten att tillämpa en unionsrättskonform tolkning i synnerhet har ansetts föreligga i fall då en bestämmelse i ett direktiv inte har direkt effekt, det vill säga att unionsrättskonform tolkning endast ska tillämpas när direkt effekt inte är möjlig.

32 — Se, allmänt, Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, andra upplagan, Oxford University Press, 2005, s. 314 och 315.

33 — Se nyligen, bland annat, dom Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punkterna 31 och 32 och där angiven rättspraxis).

65. När en unionsrättskonform tolkning visar sig omöjlig är den nationella domstolen sedan fortfarande skyldig att säkerställa unionsrättens fulla verkan och, vid behov, *underlåta att tillämpa* oförenliga nationella bestämmelser, utan att invänta att bestämmelserna först upphävs. [34]

66. I förevarande mål kommer dock denna metod för att undvika att lagstiftning anses oförenlig med unionsrätten sannolikt att ge de behöriga nationella myndigheterna liknande praktiska problem. Organ för social trygghet kan inte verka i ett rättsligt vakuum, vilket verkar bli fallet om man i förevarande mål helt enkelt underlåter att tillämpa den nationella lagstiftningen. Huruvida underlåtelse att tillämpa 28 § tredje punkten LBG NRW skulle leda till ett sådant rättsligt vakuum eller huruvida detta kan kompenseras av en annan nationell bestämmelse är en fråga som det återigen ankommer på den nationella domstolen att pröva.

67. Mot bakgrund av vad som ovan anförts medger jag att en strukturell lösning för att göra den nationella lagstiftningen förenlig med artikel 45 FEUF sannolikt måste finnas lagstiftningsvägen, vilket både Joachim Pöpperl och delstaten Nordrhein–Westfalen framhöll vid förhandlingen. När det gäller rätten till sociala trygghetsförmåner medger jag att förvaltningsorgans eller domstolars praxis att i ett enskilt fall ge de tillämpliga bestämmelserna en vid tolkning, eller tillfälligt bortse från dessa bestämmelser, kan utgöra en ”nödlösning” som kompenserar för bristen på en systematisk lösning. I det långa loppet är det dock inte troligt att en sådan praxis kan uppfylla kraven på rättslig förutsebarhet [35] och förvaltningens rättsenlighet.

2. Individuell nivå

68. Av fast rättspraxis framgår även att det ankommer på nationella domstolar att bevilja enskilda det rättsliga skydd som följer av unionsrättens direkta effekt, såsom artikel 45 FEUF. [36] Domstolen har dessutom slagit fast att när en nationell bestämmelse har klassificerats som en omotiverad inskränkning av den fria rörligheten för arbetstagare ”ska de som ingår i den missgynnade gruppen behandlas på samma sätt och omfattas av samma system som det som övriga berörda omfattas av”. [37]

69. Jag noterar att det i förevarande mål kan vara svårt att beräkna vilket pensionsbelopp som Joachim Pöpperl ska ha rätt till. Av begäran om förhandsavgörande följer dock att det i Joachim Pöpperls fall går att göra en sådan bedömning trots att han har lämnat sin tjänst inom delstaten Nordrhein–Westfalen.

70. Jag anser att Joachim Pöpperl måste ha rätt att lämna sin offentliga anställning inom delstaten Nordrhein–Westfalen för att påbörja en anställning i en annan medlemsstat utan att hans pensionsrättigheter minskar mer än för arbetstagare som, under jämförbara omständigheter, lämnar sin offentliga anställning inom delstaten Nordrhein–Westfalen men fortsätter att vara offentligt anställda någon annan stans i Tyskland.

71. Det ankommer på de nationella myndigheterna att fastställa vilka dessa jämförbara pensionsrättigheter är och, inom ramen för nationell rätt, undersöka vilka möjligheter det finns att ge myndigheterna befogenhet att bevilja Joachim Pöpperl dessa rättigheter för den tid han var anställd av delstaten Nordrhein–Westfalen.

34 — Se nyligen, bland annat, dom Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, punkt 49 och där angiven rättspraxis).

35 — Analogt kan det hänvisas till domstolens praxis i överträdelseförfaranden som rör genomförandet av direktiv. Se, bland annat, dom kommissionen/Förenade kungariket (C-530/11, EU:C:2014:67, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

36 — Dom Factortame m.fl. (C-213/89, EU:C:1990:257, punkt 19 och där angiven rättspraxis) eller generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i målet Terhoeve (C-18/95 EU:C:1998:177, punkt 73).

37 — Dom Terhoeve (C-18/95, EU:C:1999:22, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

72. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen besvarar den andra tolkningsfrågan på följande sätt: Det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att, genom tillämpning av sin egen nationella rätt och grundat på medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor, identifiera hur de kan ges behörighet att bevilja klaganden i det nationella målet pensionsrättigheter som motsvarar de pensionsrättigheter som han skulle ha fått tillgodoräkna sig för sin anställningstid inom delstaten Nordrhein–Westfalen om han hade påbörjat en anställning hos en annan offentlig arbetsgivare i Tyskland.

73. Det bör slutligen understrykas att min bedömning i förevarande förslag till avgörande enbart rör den ”rätt att lämna” en medlemsstats arbetsmarknad som arbetstagare ges enligt artikel 45 FEUF. Som jag redan påpekat är förordning nr 883/2204 inte tillämplig i förevarande mål. Mina slutsatser i förevarande förslag till avgörande påverkar därför inte enskildas rättigheter eller medlemsstaters skyldigheter enligt den förordningen.

V – **Förslag till avgörande**

74. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Verwaltungsgericht Düsseldorf på följande sätt:

1) Artikel 45 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning som leder till en betydande minskning av en arbetstagares pensionsrättigheter, som för klaganden i det nationella målet, på grund av dennes beslut att påbörja en anställning i en annan medlemsstat.

2) Det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att, genom tillämpning av sin egen nationella rätt och grundat på medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor, identifiera hur de kan ges behörighet att bevilja klaganden i det nationella målet pensionsrättigheter som motsvarar de pensionsrättigheter som han skulle ha fått tillgodoräkna sig för sin anställningstid inom delstaten Nordrhein–Westfalen om han hade påbörjat en anställning hos en annan offentlig arbetsgivare i Tyskland.