FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 28. april 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Bundessozialgericht har i denne sag forelagt Domstolen det spørgsmål, om det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet kræver, at en medlemsstat, der har indgået en bilateral overenskomst om social sikring med et tredjeland, udvider den fordel, som for statens egne statsborgere følger af overenskomstens bestemmelser, til også at omfatte statsborgerne i alle andre medlemsstater, når disse er beskæftiget på den pågældende medlemsstats område og dér tilsluttet en social sikringsordning. Mere konkret er spørgsmålet, om ligebehandlingsprincippet, som fastsat i EØF-traktatens artikel 7 og 48 samt i artikel 3 i forordning nr. 1408/71 [1], har en sådan rækkevidde.

Sagens baggrund

2. M. Grana-Novoa har spansk statsborgerskab. I Spanien har hun aldrig udøvet beskæftigelse, hvor hun har været omfattet af en tvungen forsikring. Fra december 1970 til juni 1975 arbejdede hun i Schweiz, hvor hun var omfattet af en tvungen forsikring. I november 1976 tog hun til Forbundsrepublikken Tyskland, hvor hun var beskæftiget fra februar 1979 til oktober 1982 (i alt 44 måneder) og som arbejdstager var omfattet af en tvungen forsikring. Siden da har hun været uarbejdsdygtig. Efter at en læge havde fastslået, at hun led af en form for encephalomyelitis disseminata med overvejende cerebral lokalisering, indgav hun den 10. august 1983 en ansøgning om invalidepension til Landesversicherungsanstalt Hessen (herefter benævnt »LVA Hessen«). Ved afgørelse af 11. november 1983 afviste sidstnævnte ansøgningen, idet det anførtes, at selv om M. Grana-Novoa havde været uarbejdsdygtig siden den 25. august 1983, var karenstiden endnu ikke udstået. Den tyske socialsikringslov (navnlig artikel 1247 i Reichsversicherungsordnung) stiller nemlig som betingelse for en invalidepension, at den forsikrede har udstået en karenstid med en forsikringsperiode på 60 måneder inden uarbejdsdygtighedens indtræden, eller en forsikringsperiode på 240 måneder inden ansøgningen om en invalidepension indsendes.

M. Grana-Novoa's indbragte søgsmål til prøvelse af afgørelsen blev afvist den 18. marts 1985 af Sozialgericht Frankfurt. Hendes appel af denne afgørelse til Hessisches Landessozialgericht blev ved dom af 17. marts 1989 også forkastet. Den 7. juni 1989 indgav hun revisionsanke til Bundessozialgericht. Hun gjorde heri bl.a. gældende, at den spansk-schweiziske overenskomst om social sikring var blevet tilsidesat. I henhold til overenskomstens artikel 9 skal Schweiz

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet. Med hensyn til den foreliggende sag kan henvises til den kodificerede udgave fra 1983 (EFT L 230, s. 6). Der er i mellemtiden udgivet en nyere kodificeret udgave i EFT 1992 C 325, s. 1.

behandle spanske og schweiziske statsborgere ens med hensyn til beregning af karenstid, hvorfor M. Grana-Novoa's forsikringsperioder burde anerkendes. Desuden påberåbte M. Grana-Novoa sig overenskomsten om social sikring af 4. december 1973 mellem Tyskland og Spanien [2]. I henhold til denne overenskomst havde hun ret til at blive ligestillet med en tysk statsborger med hensyn til anvendelsen af overenskomsten om social sikring af 25. februar 1964 mellem Tyskland og Schweiz [3]. Resultatet deraf ville være, at hun ville kunne sammenlægge de schweiziske og de tyske forsikringsperioder og dermed ville opfylde den efter tysk ret fastsatte karenstid.

Ved deldom af 28. august 1991 afviste Bundessozialgericht M. Grana-Novoa's revisionsanke med hensyn til perioden forud for den 31. december 1985 [4]. For så vidt angår perioden efter den 1. januar 1986, datoen for Spaniens tiltræden til De Europæiske Fællesskaber, har Bundessozialgericht derimod udsat sagen og anmodet Domstolen om at træffe afgørelse om de forelagte præjudicielle spørgsmål.

3. Inden jeg behandler disse spørgsmål, skal jeg kort skitsere de relevante internationale traktatretlige bestemmelser. Den ovennævnte *overenskomst mellem Tyskland og Schweiz* af 25. februar 1964 (herefter benævnt »overenskomsten«), med tillægsoverenskomst af 9. september 1975 [5], indeholder bl.a. bestemmelser om, at for så vidt angår indtræden af en ret til sociale sikringsydelser i henhold til den tyske lovgivning, skal der tillige tages hensyn til de forsikringsperioder, der er tilbagelagt efter schweizisk ret, såfremt de forsikringsperioder, der efter tysk ret tages hensyn til, er på mindst 12 måneder.

I medfør af overenskomstens artikel 3 er det kun tyske og schweiziske statsborgere, der har denne mulighed for sammenlægning.

Desuden er det i artikel 4, stk. 1, i den ovennævnte *overenskomst mellem Tyskland og Spanien* bestemt, at statsborgerne i de to kontraherende stater skal ligestilles. Bundessozialgericht bemærker dog i sin forelæggelseskendelse, at denne bestemmelse ikke giver mulighed for at medregne de schweiziske forsikringsperioder, da en *undtagelsesbestemmelse* i nr. 2 i slutprotokollen til den tysk-schweiziske overenskomst er til hinder herfor. Denne bestemmelse lyder således:

»Såfremt både betingelserne for anvendelse af overenskomsten og betingelserne for en anvendelse af en anden overenskomst eller en international ordning er opfyldt, tager den tyske institution ved anvendelse af overenskomsten ikke den anden overenskomst eller den internationale ordning i betragtning, medmindre disse bestemmer andet«.

Efter Bundessozialgericht's opfattelse medfører denne bestemmelse, at der ved anvendelsen af overenskomsten ikke kan tages

2 — BGBl 1977 II, s. 687, 722.
3 — BGBl. 1965 II, s. 1294.
4 — Jf. begrundelsen herfor i retsmøderapporten, punkt 7.
5 — BGBl. 1976 II, s. 1372.

hensyn til de i den tysk-spanske overenskomst fastsatte bestemmelser, medmindre »disse bestemmer andet«.

4. Bundessozialgericht anser det dog ikke for udelukket, at det i fællesskabsretten, navnlig i EØF-traktatens artikel 7, og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1408/71, stadfæstede ligebehandlingsprincip er til hinder for ovennævnte undtagelsesbestemmelse. Bundessozialgericht har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 3, stk. 1, og artikel 1, litra j), 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, fortolkes således, at begrebet 'lovgivning' i artikel 3, stk. 1, også omfatter bestemmelser, som indgår i en bilateral overenskomst mellem en medlemsstat og et tredjeland, og som ved lov er blevet en del af medlemsstatens retsorden?

2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende, skal EØF-traktatens artikel 7 og artikel 3, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 1408/71 da fortolkes således, at en medlemsstat i en overenskomst med et tredjeland ikke kan bestemme, at der ved anvendelsen af overenskomsten ikke tages hensyn til internationale ordninger, når dette indebærer, at den sammenlægning af forsikringsperioder efter medlemsstatens pensionsordning og tredjelandets pensionsordning, der efter medlemsstatens lovgivning ved overenskomstens anvendelse skal foretages for dens egne borgere, ikke kan bringes i anvendelse over for borgere fra andre EF-medlemsstater?«

Er en af en medlemsstat med et tredjeland indgået bilateral overenskomst »lovgivning«, som omhandlet af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1408/71?

5. Med det første spørgsmål ønsker Bundessozialgericht at få oplyst, om en af en medlemsstat med et tredjeland afsluttet overenskomst, der ved lov er inkorporeret i medlemsstatens nationale ret, overhovedet er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, nærmere bestemt af det deri fastsatte ligebehandlingsprincip. Jeg skal minde om, at dette princip i forordningens artikel 3, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Personer, der er bosat på en medlemsstats område, og som er omfattet af denne forordning, har de samme pligter og rettigheder i henhold til en medlemsstats lovgivning som denne medlemsstats egne statsborgere, medmindre andet følger af særlige bestemmelser i denne forordning.«

Udtrykket *lovgivning* (eller lovbestemt ordning) defineres med hensyn til anvendelsen af forordningen således i artikel 1, litra j):

»bestående og fremtidige love, administrative forskrifter, vedtægtsmæssige bestemmelser og alle andre gennemførelsesregler vedrørende de i artikel 4, stk. 1 og 2, nævnte sociale sikringsgrene eller sikringsordninger, eller de i artikel 4, stk. 2a, omhandlede særlige ikke-bidragspligtige ydelser«.

6. I forbindelse med dette første præjudicielle spørgsmål er der for Domstolen to direkte modsatte opfattelser: på den ene side LVA Hessen, den tyske og den britiske regering, der under retsmødet er blevet støttet af den nederlandske regering, som mener, at spørgsmålet skal besvares benægtende, og på den anden side M. Grana-Novoa, den italienske og den portugisiske regering samt Kommissionen, som mener, at spørgsmålet skal besvares bekræftende.

Jeg bekender straks kulør: Som de førstnævnte intervenienter er jeg ligeledes af den opfattelse, at det forelagte spørgsmål skal besvares benægtende. I den forbindelse skal jeg indledningsvis bemærke, at kravet i nogle medlemsstater [6], om at en traktat skal inkorporeres ved en national lov for at kunne medføre retsvirkninger i den interne retsorden, efter min opfattelse ikke er relevant for besvarelsen af dette spørgsmål. Dette beror på, om en *stat* er tilhænger af den såkaldt dualistiske eller den monistiske opfattelse med hensyn til forholdet mellem den interne retsorden og folkeretten. Dette forhold kan derfor ikke påvirke Domstolens fortolkning af et *fællesskabsretligt* begreb, der skal fortolkes ensartet uanset den i en medlemsstat herskende opfattelse af virkningen af internationalretlige bestemmelser [7].

Grundene til at en bilateral overenskomst mellem en medlemsstat og et tredjeland ikke er »lovgivning« i den i artikel 3, stk. 1, jf. artikel 1, litra j), i forordning nr. 1408/71 anførte betydning, finder jeg i forordningens ordlyd og opbygning, i Domstolens praksis og i selve karakteren af en sådan bilateral overenskomst.

7. Hvad angår *ordlyden af* i forordning nr. 1408/71 skal jeg straks henvise til den sondring, der i forordningen er foretaget for så vidt angår de i indledningen anførte definitioner af begrebet »lovgivning« på den ene side [artikel 1, litra j), jf. ovenfor i punkt 5] og udtrykket »overenskomst om social sikring« på den anden side. Ved sidstnævnte udtryk forstås i henhold til artikel 1, litra k), følgende:

»enhver bilateral eller multilateral overenskomst, der er eller i fremtiden måtte blive indgået udelukkende mellem to eller flere medlemsstater, samt enhver multilateral overenskomst, der er eller i fremtiden måtte blive indgået mellem mindst to medlemsstater og en eller flere andre stater, når en sådan overenskomst på den sociale sikrings område pålægger parterne forpligtelser med hensyn til samtlige eller til en eller flere af de i artikel 4, stk. 1 og 2, omhandlede sikringsgrene eller sikringsordninger, samt aftaler af enhver art, der indgås i henhold til de nævnte overenskomster«.

6 — Herunder, således som det fremgår af forelæggelseskendelsen, også Forbundsrepublikken Tyskland, i hvert fald for så vidt angår internationale overenskomster, som fastsætter rettigheder og pligter på området for social sikring.

7 — Med hensyn til de problemer, som et dualistisk system kan føre til med hensyn til eventuelle lovkonflikter og anvendelsen af princippet »lex posterior derogat legi priori«, jf. bl.a. P.J.G. Kapteyn og P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the law of the European Communities*, L. W. Gormley (ed.), Deventer, Kluwer Law & Taxation, 1988, s. 40-41, og særlig vedrørende tyske forhold, O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, München, Saur, 1987, s. 265 ff. Se tillige bemærkninger hertil fra M. Waelbroeck »Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A Reply«, *Eur. L. Rev*, 1978, s. 27, 28 og 29.

Heraf fremgår, at fællesskabslovgiver, skønt der er taget særlig hensyn til bilaterale eller multilaterale overenskomster om social sikring som adskilt fra »lovgivning«, ikke i den forbindelse har nævnt bilaterale overenskomster, som én enkelt medlemsstat har indgået med et tredjeland. Kun bilaterale overenskomster mellem medlemsstater og multilaterale overenskomster mellem mindst to medlemsstater og én eller flere andre stater er omfattet.

8. Grunden til denne begrænsede definition af udtrykket »overenskomst om social sikring« bliver tydelig, når man sætter den i forhold til den *ordning*, som forordning nr. 1408/71 i forordningens artikel 3, stk. 3, og i artikel 6, 7 og 8, har opbygget med hensyn til sådanne overenskomster.

Kort sammenfattet går denne ordning ud på følgende. Artikel 6 fastsætter den generelle regel: forordning nr. 1408/71 afløser *enhver* overenskomst om social sikring, som udelukkende er bindende for to eller flere medlemsstater, eller for mindst to medlemsstater og en eller flere andre stater, eller — hvis den i artiklens litra b) omhandlede situation foreligger — for så vidt det drejer sig om tilfælde, hvis ordning ikke kræver medvirken af nogen institution i et sådant tredjeland [8]. Herfra er der dog i artikel 7 fastsat en begrænset undtagelse for en række *eksisterende* internationale bestemmelser, herunder de i bilag III til forordningen anførte bestemmelser i overenskomster om social sikring [artikel 7, stk. 2, litra c)]. Med hensyn til indgåelse af *nye* overenskomster mellem to eller flere medlemsstater indbyrdes bestemmes det i artikel 8, stk. 1, at medlemsstaterne kan indgå sådanne aftaler »på grundlag af denne forordnings principper og grundtanker«.

Med hensyn til gruppen af *eksisterende* bilaterale overenskomster om social sikring mellem medlemsstater, som i henhold til den ovennævnte undtagelse i artikel 7, stk. 2, litra c), ikke erstattes af forordning nr. 1408/71 (ligesom med hensyn til gruppen af de i henhold til den anførte artikel 8, stk. 1, indgåede nye overenskomster), bestemmer artikel 3, stk. 3, at ligebehandlingsprincippet også gælder for disse overenskomster, »medmindre andet er bestemt i bilag III«.

Ser man nærmere på bilag III, kan man kun konstatere, at det her *udelukkende* drejer sig om en række bestemmelser i bilaterale overenskomster om social sikring *mellem medlemsstater* indbyrdes, »der forbliver i kraft uanset forordningens artikel 6« (listen, litra A), med andre ord som forordning nr. 1408/71 ikke afløser, henholdsvis »der ikke finder anvendelse på alle af forordningen omfattede personer« (listen, litra B), med andre ord som ligebehandlingsprincippet ikke omfatter.

8 — Domstolen har gentagne gange bekræftet, at dette substitutionsprincip er ufravigeligt, og at der kun kan gøres undtagelser herfra i de tilfælde, der udtrykkelig er nævnt i forordningen: jf. (med hensyn til den tilsvarende bestemmelse i artikel 5 i forordning nr. 3) dom af 7.6.1973, sag 32/72, Walder, Sml. s. 599, præmis 6 og 7, og af 7.2.1991, sag C-227/89, Rönfeldt, Sml. I, s. 323, præmis 22.

9. Af denne korte oversigt fremgår, at forordning nr. 1408/71 hverken med hensyn til spørgsmålet om substitution eller internationale overenskomsters fortsatte gyldighed, eller med hensyn til anvendelsen af ligebehandlingsprincippet for så vidt angår sådanne overenskomster, regulerer den situation, hvor *en enkelt* medlemsstat har indgået en bilateral overenskomst *med et tredjeland* på området for social sikring. Kan det under disse omstændigheder tænkes at have været fællesskabslovgivers mening stiltiende at regulere sådanne bilaterale overenskomsters status og dermed at bringe dem ind under anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71 ved at lade dem være omfattet af udtrykket »lovgivning« i artikel 1, litra j)? Det har jeg svært ved at forestille mig.

En sådan fortolkning af udtrykket »lovgivning«, der tillige omfatter overenskomster mellem én medlemsstat og et tredjeland, ville nemlig medføre, at forordning nr. 1408/71 for så vidt angår den pågældende medlemsstat ville erstatte den bilaterale overenskomst uden nogen forhandling med tredjelandet. Endvidere ville der ikke gælde noget som helst forbehold for en sådan substitution, ikke engang et forbehold svarende til det i artikel 6, litra b) (jf. ovenfor i punkt 8), hvorefter forordning nr. 1408/71 kun skal anvendes for bestemmelser, der ikke kræver medvirken af nogen institution i tredjelandet. En sådan fortolkning ville ligeledes medføre, at ligebehandlingsprincippet finder anvendelse i fuld udstrækning på bilaterale overenskomster mellem en medlemsstat og et tredjeland uden nogen tilsvarende undtagelse som den, der er fastsat i forordningens artikel 3, stk. 3, i forbindelse med de i bilag III nævnte bilaterale overenskomster mellem medlemsstaterne.

10. Den opfattelse, at bilaterale overenskomster, der er indgået mellem en medlemsstat og et tredjeland, ikke er omfattet af udtrykket »lovgivning« i artikel 1, litra j), i forordning 1408/71, bekræftes i øvrigt af Domstolens *praksis*. Her skal jeg navnlig henvise til dommene i sagerne Ortskrankenkasse Hamburg, Kaucic og Borowitz.

I sagen Ortskrankenkasse Hamburg havde Bundessozialgericht bl.a. forelagt Domstolen det spørgsmål, om en forsikringsinstitution i en medlemsstat, i det foreliggende tilfælde Tyskland, for erhvervelsen af ret til visse ydelser, i henhold til forordning nr. 3 (dvs. forgængeren til forordning nr. 1408/71), også skulle indregne forsikringsperioder, som en forsikringsinstitution i en anden medlemsstat (Italien) i henhold til en bilateral overenskomst, som denne stat har indgået med en anden stat (i dette tilfælde Schweiz), skal tage hensyn til. Domstolen henviste til, at artikel 16 i forordning nr. 3, (som indeholdt sammenlægningsbestemmelser for ydelser vedrørende sygdom og moderskab), kun nævner forsikringsperioder, »der er tilbagelagt i henhold til den lovbestemte ordning i hver enkelt medlemsstat«, og at forordningens artikel 1, litra b), [der i høj grad ligner artikel 1, litra j), i forordning nr. 1408/71], ved »lovbestemt ordning« blot forstår »bestående og fremtidige love, administrative forskrifter, vedtægtsmæssige bestemmelser i hver medlemsstat med hensyn til ordningerne og de sociale sikringsgrene«. På grundlag heraf udtalte Domstolen følgende:

»Medlemsstaternes socialsikringsinstitutioner har ikke pligt til, med henblik på erhvervel-

sen af retten til socialsikringsydelser, at tage hensyn til tilknytningsperioder tilbagelagt i tredjelande« [9].

Kaucic-sagen drejede sig om en invalidepension, som i Belgien skulle betales til de ydelsesberettigede pårørende til en afdød italiensk arbejdstager, der havde arbejdet såvel i Italien og Belgien som i Østrig, og som i sidstnævnte land havde erhvervet en invalidepension, som var beregnet i henhold til en mellem Italien og Østrig indgået bilateral overenskomst om social sikring. Domstolen bekræftede, at anvendelsen af en national bestemmelse om begrænsning af dobbeltydelser i en sådan situation var forenelig med forordning nr. 3 og nr. 4 (der på det tidspunkt stadig fandt anvendelse), og udtalte:

»Bestemmelserne i forordning nr. 3 og 4 om sammenlægning af forsikringsperioder gælder kun for de perioder, som er tilbagelagt i henhold til medlemsstaternes lovgivning;

fællesskabsforordningerne om koordination af medlemsstaternes regler om social sikring indeholder ingen bestemmelser om perioder, som er tilbagelagt i en ikke-medlemsstat, uanset om denne stat har indgået konvention om social sikring med en eller flere medlemsstater« [10].

11. At fællesskabsretten, navnlig forordning nr. 1408/71, ikke forpligter medlemsstaterne til at tage hensyn til forsikringsperioder, der er tilbagelagt i tredjelande, men som *giver dem mulighed for* at gøre dette på frivillig basis eller på grundlag af en bilateral overenskomst indgået mellem den pågældende medlemsstat og det pågældende tredjeland, blev bekræftet i Borowitz-dommen. I denne sag havde Bundessozialgericht forelagt Domstolen det spørgsmål, om forordningen var til hinder for, at en tysk forsikringsinstitution ved beslutningen om, hvorvidt der kan tages hensyn til perioder, hvori der efter tysk lovgivning ikke var betalt bidrag, kan sidestille de tvungne og andre bidrag samt tilslutning til en forsikringsordning i et tredjeland — i det foreliggende tilfælde Polen — hvormed Forbundsrepublikken havde indgået en bilateral overenskomst om gensidig ligestilling af forsikringsperioder, med de i Tyskland betalte tvungne bidrag og andre bidrag samt tilslutning til pensionsforsikringen (således som den skal for så vidt angår tvungne bidrag, andre bidrag og tilslutning, der er betalt i andre medlemsstater til den dagældende forsikringsordning). Domstolen kom til det resultat, at ingen bestemmelser i forordning nr. 1408/71 afskærer den tyske institution fra at sidestille de forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til den polske lovgivning, med forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til tysk lovgivning [11]. Domstolen tilføjede i den forbindelse:

»Den omstændighed alene, at den tyske institution i henhold til en bilateral konvention, indgået af Forbundsrepublikken Tyskland, har medregnet perioder tilbagelagt efter lovgivningen i et tredjeland, medfører derimod ikke, at disse perioder kan anses for 'perioder, der er tilbagelagt i ... medlemssta-

9 — Dom af 16.11.1972, sag 16/72, Ortskrankenkasse, Sml. 1972, s. 285, org. ref.: Rec. s. 1141.

10 — Dom af 10.3.1977, sag 75/76, Kaucic, Sml. s. 495, præmis 8 og 9.

11 — Dom af 5.7.1988, sag 21/87, Borowitz, Sml. s. 3715, præmis 25.

ter' i den i forordningens artikel 46 omhandlede forstand. De øvrige medlemsstaters institutioner er derfor ikke i henhold til forordningen forpligtet til at tage hensyn til disse perioder, når de foretager den i artikel 46 foreskrevne beregning, hvorfor medlemsstaternes forpligtelser ikke forøges i kraft af den omstændighed, at den tyske institution medregner perioderne« [12].

Dermed bekræftede Domstolen stiltiende, men udtrykkeligt, det standpunkt, som generaladvokat Sir Gordon Slynn havde indtaget i sit forslag til afgørelse i sagen med hensyn til fortolkningen af udtrykket »lovgivning« i den i artikel 1, litra j), i forordning nr. 1408/71 fastsatte betydning. På grundlag af ovenstående domme i Ortskrankenkasse Hamburg-sagen og Kaucic-sagen havde generaladvokaten fremført følgende:

»Når man imidlertid ser bort fra selve bestemmelsens ordlyd, finder jeg ikke, at den kan antages at have til formål eller i øvrigt kan fortolkes således, at den omfatter perioder tilbagelagt i et tredjeland, som blot sidestilles med bidragsperioder i den pågældende medlemsstat i henseende til beregning af en pension efter national ret. Selv om sådanne perioder i et tredjeland medregnes ved fastsættelsen af de nationale ydelser, kan sammenlægningen af perioderne ikke ændre ved fordelingen af de andre medlemsstaters forpligtelser« [13].

12. For den her foreslåede løsning taler endelig den *særlige karakter*, som en bilateral overenskomst mellem en medlemsstat og et tredjeland har. En sådan aftale er resultatet af en forhandlingsproces mellem de to stater, hvor de pågældende kontrahenters rettigheder og pligter normalt hviler på et gensidighedsprincip. Det betyder, at der ligger en nærmere bestemt ligevægt — også med hensyn til de finansielle konsekvenser af overenskomsterne — til grund for disse. Der kan ikke herske tvivl om, at det ville blive betydelig vanskeligere at finde en sådan ligevægt, og at medlemsstaternes og tredjelandenes forhandlingsmargen ville blive stærkt indskrænket, såfremt den pågældende medlemsstat skal tage hensyn til, at de rettigheder, den stiller krav om til fordel for sine egne statsborgere, tillige skal komme alle de øvrige statsborgere i Fællesskabet til gode. Jeg tænker herved ikke udelukkende på situationen med overenskomster om social sikring, men tillige på andre bilaterale overenskomster, som er baseret på en form for (finansiel) ligevægt i de indbyrdes ydelser, som f.eks. dobbeltbeskatningsoverenskomster.

13. I modsætning til det, som den italienske regering, den portugisiske regering og Kommissionen har anført, mener jeg ikke, at der af Bozzone-dommen og den nyere Rönfeldt-dom kan udledes argumenter mod denne opfattelse.

Med hensyn til den førstnævnte dom er det rigtigt, at Domstolen har givet udtrykket

12 — Dom i Borowitz-sagen, præmis 26. Af denne præmis fremgår det efter min opfattelse endvidere, at den pågældende medlemsstat, der på grundlag af den bilaterale overenskomst, og altså på grundlag af en forpligtelse, som den selv har indgået, har pligt til at tage hensyn perioder tilbagelagt i et tredjeland, lige så lidt som de andre medlemsstater har pligt til dette i henhold til forordning nr. 1408/71.

13 — Sml. 1988, på s. 3729.

»lovgivning«, som fastsat i artikel 1, litra j), i forordning nr. 1408/71, en vid betydning. Domstolen har således siden Bozzone-dommen gentagne gange udtalt følgende

»denne meget vide definition omfatter alle typer af medlemsstaternes ved lov, administrativt eller vedtægtsmæssigt fastsatte foranstaltninger og må fortolkes således, at den omfatter samtlige nationale foranstaltninger på det her omhandlede sagsområde« [14].

Men ingen af de domme, hvori Domstolen anlægger denne vide fortolkning, vedrører en situation med en bilateral overenskomst mellem en medlemsstat og et tredjeland. I Bozzone-sagen drejede det sig således om, hvorvidt en belgisk kolonibekendtgørelse, som senere var blevet stadfæstet ved en national lov [15], skulle anses for lovgivning i den i forordningen fastsatte betydning. I sagen Van Roosmalen drejede det sig om, hvorvidt en nederlandsk lov om uarbejdsdygtighed, hvis virkning omfatter områder uden for Fællesskabets område (navnlig beskæftigelse i et udviklingsland), er lovgivning i forordningens betydning. Endelig skulle Domstolen i Laborero og Sabato-sagerne bl.a. afgøre spørgsmålet, om en belgisk lov, der udelukkende vedrører beskæftigelsesperioder tilbagelagt i tredjelande (navnlig Zaire), som lovgivning var omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71. Ovennævnte domme kan derfor næppe tillægges værdi som præcedens i denne sag.

14. Jeg drager samme konklusion med hensyn til Rönfeldt-dommen, som navnlig den portugisiske regering og Kommissionen støtter en del af deres argumentation på [16]. Denne sag drejede sig heller ikke om, hvorvidt en bilateral overenskomst mellem en medlemsstat og et tredjeland, som lovgivning, er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71. Det centrale spørgsmål var derimod, om den fortabelse af sociale sikringsfordele, der rammer arbejdstagere som følge af, at overenskomster *mellem to medlemsstater* ikke finder anvendelse efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 1408/71, er forenelig med EØF-traktatens artikel 48, stk. 2, og artikel 51 [17]. Domstolen svarede benægtende herpå ud fra Domstolens faste praksis, hvorved den ud fra en formålsfortolkning af traktatens artikel 48 og 51 udledte, at fællesskabslovgivningen ikke må føre til en beskæring af de i henhold til national ret tilkendte ydelser. Af denne grund besluttede Domstolen, at der trods den ovenfor (i punkt 8) omtalte artikel 6 i forordningen, *alligevel* skulle tages hensyn til overenskomster mellem medlemsstaterne, der giver arbejdstagerne større fordele end Fællesskabets bestemmelser [18]. Derfor udtalte Domstolen følgende:

14 — Dom af 31.3.1977, sag 87/76, Bozzone, Sml. s. 687, præmis 10, af 11.7.1980, sag 150/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 2621, præmis 4, af 23.10.1986, sag 300/84, Van Roosmalen, Sml. s. 3097, præmis 28, og af 9.7.1987, forenede sager 82/86 og 103/86, Laborero og Sabato, Sml. s. 3401, præmis 23. Også i andre domme anlægger Domstolen en vid fortolkning af denne definition, navnlig på baggrund af formålet med EØF-traktatens artikel 51, jf. dom af 9.6.1977, sag 109/76, Blottner, Sml. s. 1141, præmis 9 ff.

15 — Netop på grund af denne lov anlagde Kommissionen senere traktatbrudssag mod Belgien, i hvilken sag Kommissionen fik medhold, jf. ovennævnte dom, Kommissionen mod Belgien.

16 — Nævnt ovenfor i note 8.

17 — Jf. Domstolens omformulering af spørgsmålet i præmis 21.

18 — Rönfeldt-dommen, præmis 28.

»Denne praksis må forstås således, at ydelser i henhold til en medlemsstats lovgivning må anses for at omfatte såvel ydelser, der er fastlagt alene ved national lovgivning og vedtaget af de nationale lovgivende organer, som ydelser i henhold til bestemmelser i internationale overenskomster om social sikring, der gælder mellem to eller flere medlemsstater og er inkorporeret i deres nationale lovgivning, således at vedkommende arbejdstager i henhold til dem opnår en gunstigere stilling end den, han har i henhold til fællesskabsbestemmelserne« [19].

Men også her har Domstolen ikke på nogen måde udtalt sig om en bilateral overenskomst *mellem en medlemsstat og et tredjeland.*

Subsidiært: Rækkevidden af ligebehandlingsprincippet, såfremt forordning nr. 1408/71 finder anvendelse

15. Såfremt Domstolen trods nævnte argumentation alligevel kommer til det resultat, at bilaterale overenskomster mellem en medlemsstat og et andet land skal anses for »lovgivning« ved anvendelse af forordning nr. 1408/71, bør Bundessozialgericht's andet spørgsmål efter min opfattelse besvares bekræftende. Med dette spørgsmål ønsker retten oplyst, om det i EØF-traktatens artikel 7, og artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 fastsatte ligebehandlingsprincip i tilfælde af, at det første spørgsmål besvares bekræftende, er til hinder for, at de tyske forsikringsinstitutioner, hvor der er ansøgt om alders- eller invalidepension — på grundlag af overenskomsten, navnlig nr. 2 i den dertil knyttede slutprotokol (jf. punkt 3) — kun for tyske statsborgere (og ikke for statsborgere fra andre EF-lande) skal medregne de i Schweiz tilbagelagte forsikringsperioder.

16. Såfremt en konvention som den foreliggende overenskomst anses for lovgivning i den i artikel 1, litra j), fastsatte betydning, skal ligebehandlingsprincippet som indeholdt i forordningens artikel 3, stk. 1, anvendes i sin fulde udstrækning. På grundlag heraf ville de tyske forsikringsinstitutioner være forpligtede til, for så vidt angår alle EF-borgere, at tage hensyn til de i Schweiz tilbagelagte forsikringsperioder. De argumenter, som LVA Hessen, den tyske regering og den britiske regering har fremført, kan ikke ændre dette. For fuldstændighedens skyld skal jeg her anføre hvorfor.

17. Det af LVA Hessen fremførte argument, hvorefter de principper, der ligger til grund for EØF-traktatens artikel 234, også skal finde anvendelse her, navnlig i betragtning af den omstændighed, at Fællesskabet ikke er kompetent til at indgå en international overenskomst om social sikring, finder ingen støtte i den fællesskabsretlige lovgivning eller retspraksis. Selv om det tilkommer medlemsstaterne at indgå internationale konventioner på et bestemt område, skal de dog herved tage hensyn til ufravigelige bestemmelser i fællesskabsretten. Artikel 234, som efter sin ordlyd alene vedrører de rettigheder og

19 — Rönfeldt-dommen, præmis 27.

forpligtelser, der følger af en af en medlemsstat og et tredjeland *forud for ikrafttrædelsen* af EØF-traktaten indgået overenskomst — i dette tilfælde drejer det sig om en overenskomst, der blev indgået efter traktatens ikrafttræden i Tyskland — kan ikke ændre noget herved.

18. Også det af den tyske regering fremførte argument, at EØF-traktatens artikel 48 og 51 og forordning nr. 1408/71 i hvert fald ikke kan anvendes på forsikringsperioder, der blev tilbagelagt *uden for* Fællesskabet, kan ikke tiltrædes. Allerede i dommen i Walrave-sagen udtalte Domstolen med hensyn til det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling, således som det bl.a. kommer til udtryk i traktatens artikel 7 og 48, at da forbuddet mod forskelsbehandling er ufravigeligt, gælder det for bedømmelsen af ethvert retsforhold, såfremt dette, bl.a. på grund af stedet for dets virkninger, kan stedfæstes til Fællesskabets territorium [20].

Den omstændighed, at M. Grana-Novoa, inden hun arbejdede i Tyskland var beskæftiget i Schweiz, og at den foreliggende sag er opstået som følge af problematikken om at tage de i dette land tilbagelagte forsikringsperioder i betragtning, anser jeg ikke for at være en afgørende grund til at stedfæste det omtvistede retsforhold uden for Fællesskabets territorium. I dommen i Van Roosmalen-sagen og i Laborero og Sabato-sagerne har Domstolen nemlig udtalt:

»Da det afgørende kriterium for anvendelsen af forordning nr. 1408/71 er den forsikredes tilknytning til en medlemsstats socialsikringsordning, er det uden betydning, om den forsikrede udelukkende har udøvet beskæftigelse uden for EF-medlemsstaternes område« [21].

I Laborero og Sabato-sagerne udledte Domstolen i øvrigt deraf, at en national ordning »falder ikke uden for forordning nr. 1408/71's anvendelsesområde, hvis principielle ligebehandlingskrav i artikel 3, stk. 1, ikke berøres, blot fordi de sociale ydelser udelukkende har grundlag i forsikringsperioder, som er tilbagelagt uden for Fællesskabet« [22].

Den belgiske regerings argument i sagen, hvorefter en sådan fortolkning ville være i strid med EØF-traktatens artikel 227 — som begrænser traktatens anvendelsesområde til EF-medlemsstaternes område — blev uden videre tilsidesat af Domstolen, da forordning nr. 1408/71 kun stiller krav til en national lovgivning eller lovbestemt ordning, »for så vidt denne har virkning inden for Fællesskabets område« [23].

19. Jeg vil gerne tilføje, at efter min opfattelse kan der heller ikke støtte noget argu-

20 — Dom af 12.12.1974, sag 36/74, Walrave, Sml. s. 1405, præmis 28.

21 Van Roosmalen dommen, præmis 30, Laborero og Sabato dommen, præmis 25, og dom af 14.11.1990, sag C 105/89, Buhari Haji, Sml. I, s. 4211, præmis 15.

22 Dom i Laborero og Sabato sagerne, præmis 26.

23 Dom i Laborero og Sabato sagerne, præmis 27.

ment mod anvendelse af fællesskabsretten på, at der i denne sag ikke foreligger nogen som helst *hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed*. Hvis nemlig M. Grana-Novoa i stedet for i Tyskland havde arbejdet i Spanien, ville der i henhold til den spansk-schweiziske overenskomst (jf. ovenfor i punkt 2) blive taget hensyn til såvel de i Schweiz som de i Spanien tilbagelagte perioder. Det er altså, fordi hun har været beskæftiget i Tyskland, med andre ord fordi hun har udnyttet sin ret til fri bevægelighed [24], at hun har mistet sine beskæftigelsesperioder i Schweiz.

20. Såfremt det antages, at det første præjudicielle spørgsmål — i modsætning til hvad jeg har anført — besvares bekræftende, må svaret på det andet spørgsmål derfor være, at den i nr. 2 i slutprotokollen til overenskomsten fastsatte undtagelsesbestemmelse ikke kan anvendes. Af princippet om fællesskabsrettens forrang følger nemlig, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning, herunder tillige den — i dette teoretiske tilfælde — internationale overenskomst, der udgør en del deraf, uden videre bliver uanvendelig [25].

Forslag til afgørelse

21. På baggrund af ovenstående skal jeg herefter foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) En bilateral overenskomst mellem en medlemsstat og et tredjeland anses ikke for 'lovgivning' som omhandlet i artikel 1, litra j), i forordning nr. 1408/71, selv om den ved lov er blevet inkorporeret i den nationale retsorden i vedkommende medlemsstat.

2) I betragtning af besvarelsen af det første spørgsmål er det unødigt at besvare det andet spørgsmål.«

24 — Jeg ser her bort fra den omstændighed — som i øvrigt ikke er blevet gjort gældende af nogen af de for Domstolen intervenerende parter — at Grana-Novoa har været beskæftiget i Schweiz, og at hun derefter har bosat sig i Tyskland inden Spaniens tiltrædelse til Fællesskaberne. Hendes situation bliver derfor, som det med rette er blevet anført i forelæggelseskendelsen, reguleret af bestemmelserne i artikel 94 i forordning nr. 1408/71. Grana-Novoa kan først efter den 1.1.1986 udlede ret af forordningen (artikel 94, stk. 1), men i den forbindelse skal der tillige med tilbagevirkende kraft tages hensyn til forsikringsperioder og begivenheder, der er henholdsvis tilbagelagt og har fundet sted forud for dette tidspunkt (artikel 94, stk. 2 og 3).

25 — Jf. dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 17.