FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN M. MISCHO

föredraget den 16 november 2000 [1]

1. Denna begäran om förhandsavgörande rör negativ konkurrens mellan nationella rättsordningar som beror på att myndigheterna för social trygghet i Belgien och Nederländerna ger begreppen delvis arbetslös och helt arbetslös skilda tolkningar i artikel 71.1 a i och ii i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (nedan kallad förordningen), i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983, vid tidpunkten för sakomständigheterna i målet. [2]

I — Tillämpliga bestämmelser

2. De gemenskapsrättsliga bestämmelser som är av relevans för att besvara tolkningsfrågorna finns i artiklarna 13 och 71.1 a i och ii i förordningen.

3. I artikel 13 föreskrivs följande:

"1. Om något annat inte följer av artikel 14 c skall personer för vilka denna förordning gäller omfattas av lagstiftningen i endast en medlemsstat. Denna lagstiftning skall bestämmas enligt bestämmelserna i denna avdelning.

2. Om något annat inte följer av artiklarna 14—17 gäller följande:

a) Den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna medlemsstats lagstiftning, även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium eller om det företag eller den person som han är anställd hos har sitt säte eller är bosatt inom en annan medlemsstats territorium,

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 149, s. 2; förordning (EEG) nr 2001/83 (EGT L 230, s. 8; svensk specialutgåva, område 5, volym 3, s. 13).

b)..."

4. Artikel 71.1 a i och ii har följande lydelse:

"En arbetslös person som tidigare var anställd och som under sin senaste anställning var bosatt inom en annan medlemsstats territorium än den behöriga statens skall få förmåner enligt följande bestämmelser:

a) i) En gränsarbetare som är delvis eller periodvis arbetslös i det företag som sysselsätter honom skall få förmåner enligt bestämmelserna i den behöriga statens lagstiftning som om han vore bosatt inom denna stats territorium. Dessa förmåner skall utges av den behöriga institutionen.

ii) En gränsarbetare som är helt arbetslös skall få förmåner enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium han är bosatt som om han hade omfattats av denna lagstiftning då han senast var anställd. Dessa förmåner skall utges av institutionen på bosättningsorten på dess bekostnad."

II — Bakgrund

5. Det följer av beslutet om hänskjutande och av den nationella akten att R.J. de Laat är nederländsk medborgare och bor tillsammans med sin familj i Nederländerna. Han arbetade som arbetsledare vid Amstelstad Belgium i Bree (Belgien) från och med den 1 december 1994 till och med den 30 november 1996, varvid anställningen upphörde. Från och med måndagen den 2 december 1996 återanställdes R.J. de Laat på deltid som fönsterputsare hos Amstelstad Belgium 13 timmar per vecka.

6. Enligt förklaringarna från Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen néerlandais (nedan kallat LISV) skulle Amstelstad Belgium vid detta tillfälle ha haft finansiella svårigheter men ville inte göra sig av med R.J. de Laat som för övrigt återanställdes på heltid hos Amstelstad Belgium från och med februari 1997.

7. Den nationella domstolen har angett att R.J. de Laat den 30 november 1996

ansökte om arbetslöshetsersättning enligt den nederländska Werkloosheidswet (nedan kallad WW) på grund av att han skulle bli delvis arbetslös från och med den 2 december 1996.

8. LISV avvisade ansökan med hänvisning till artikel 71.1 a i i förordningen och hänvisade R.J. de Laat till behörig belgisk myndighet med motiveringen att han ansågs vara delvis arbetslös. Det ansågs nämligen att det fortfarande fanns en anknytning till den medlemsstat där R.J. de Laat arbetade, eftersom han ingått ett avtal om deltidsanställning med Amstelstad Belgium. R.J. de Laat skulle därför inte ha rätt till arbetslöshetsersättning från Nederländerna, där han var bosatt, utan denna skulle enbart kunna utges i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där han arbetade, i detta fall den belgiska lagstiftningen.

9. R.J. de Laat hade också ansökt hos den behöriga belgiska myndigheten om ett stöd som benämns "inkomstgarantiersättning", varvid han åberopade att han var tvungen att arbeta deltid hos sin arbetsgivare från och med den 2 december 1996.

10. Den behöriga belgiska myndigheten avslog hans begäran med hänvisning till att R.J. de Laat skulle anses vara en helt arbetslös gränsarbetare både enligt belgisk rätt och enligt artikel 71.1 a ii i förordningen, varför lagstiftningen i den medlemsstat där han var bosatt, i detta fall Nederländerna, var tillämplig.

11. R.J. de Laat ifrågasatte inte beslutet av den behöriga belgiska myndigheten, utan väckte endast talan mot beslutet av LISV. Efter att Arrondissementsrechtbank te Roermond (Nederländerna) (nedan kallad den nationella domstolen) hade tagit del av de motstridiga besluten från behöriga myndigheter i Belgien och Nederländerna och hade bedömt att det var osäkert hur begreppen delvis och helt arbetslös i artikel 71.1 a i och ii i förordningen skulle tolkas, ställde den följande frågor.

III — Tolkningsfrågorna

"1) Är det av betydelse för svaret på frågan om en gränsarbetare är delvis arbetslös, och således i enlighet med artikel 71.1 a i i förordning nr 1408/71 har rätt till en förmån i den behöriga medlemsstaten, eller om han är helt arbetslös, och således i enlighet med artikel 71.1 a ii i förordning nr 1408/71 har rätt till en förmån i den medlemsstat där han är

bosatt, att den berörde arbetstagaren enligt nationell rätt i den behöriga medlemsstaten eller i den medlemsstat där han är bosatt anses som delvis respektive helt arbetslös eller skall begreppen delvis respektive helt arbetslös ges en enhetlig gemenskapsrättslig innebörd?

2) Om det är kvalificeringen enligt nationell rätt som är avgörande, vilken kvalificering skall då ha företräde när bedömningen enligt den behöriga medlemsstatens lagstiftning skiljer sig från bedömningen enligt lagstiftningen i den medlemsstat där arbetstagaren är bosatt?

3) Om kvalificeringen enligt nationell rätt inte är avgörande och begreppen delvis respektive helt arbetslös skall ges en enhetlig gemenskapsrättslig innebörd, vilket kriterium skall då tillämpas?

4) Är det av avgörande betydelse om det kvarstår en anknytning till tjänstgöringslandet och vilka krav skall i så fall vara uppfyllda för att sådan anknytning skall anses föreligga? Föreligger sådan anknytning om

a) det finns konkreta möjligheter för arbetstagaren att återuppta verksamhet hos sin tidigare arbetsgivare, eller

b) arbetstagaren fortsätter att arbeta i samma land men i mindre omfattning?

5) Eller skall det i fråga 3 nämnda kriteriet anses uppfyllt på mer formella grunder som till exempel att ett anställningsavtal i arbetsrättslig mening fortfarande är gällande?

6) Skall en gränsarbetare som direkt efter att ha sagts upp från en heltidsanställning börjar en ny deltidsanställning hos samma arbetsgivare, med hänsyn till svaren på ovan ställda frågor, anses som delvis arbetslös gränsarbetare i den mening som avses i artikel 71.1 a

i i förordningen eller som en helt arbetslös gränsarbetare i den mening som avses i artikel 71.1 a ii i förordningen?"

IV — Synpunkter som framförts inför domstolen

12. LISV har föreslagit att tolkningen av begreppen delvis arbetslös och helt arbetslös i den mening som avses i förordningen skall göras mot bakgrund av rättspraxis från Centrale Raad van Beroep, som är den högsta nederländska domstolen. Enligt dess rättspraxis är en arbetstagare helt arbetslös om det, vid den tidpunkt då denne blir arbetslös, inte längre kan anses föreligga någon anknytning mellan arbetstagaren och arbetsgivaren som innebär konkreta möjligheter till att verksamheten kan komma att återupptas. När det däremot finns en sådan anknytning mellan arbetstagaren och arbetsgivaren är arbetstagaren antingen delvis eller periodvis arbetslös och han bör vid delvis arbetslöshet vända sig till den behöriga medlemsstaten för att erhålla arbetslöshetsersättning.

13. Den belgiska regeringen har angett att man i Belgien vid deltidsarbete inte har rätt till någon arbetslöshetsersättning för de timmar då inget arbete utförs. Det finns endast, i form av stimulansåtgärd, en begränsad förmån som benämns inkomstgarantiersättning. Det är fråga om ett schablonmässigt belopp som utbetalas till helt arbetslösa som accepterar att arbeta deltid och som därmed förlorar sin arbetslöshetsersättning. I annat fall skulle arbetstagaren som arbetar deltid kunna erhålla en lön som är lägre än den ersättning som han fick tidigare i form av arbetslöshetsersättning.

14. Eftersom denna inkomstgarantiersättning anses vara en ersättning vid full arbetslöshet, ges den också till deltidsarbetare i Nederländerna som är bosatta i Belgien och som tidigare erhållit arbetslöshetsersättning för samtliga dagar i veckan i Belgien. Deltidsarbetslöshet föreligger däremot då anställningen tillfälligt har upphört, antingen helt eller delvis. I den belgiska lagstiftningen erkänns därvid bland annat följande situationer: avstängning på grund av *force majeure*, teknisk olycka, dåligt väder eller arbetsbrist av ekonomiska skäl. Stöd som beviljas i dessa fall är en ersättning för den tid då inget arbete har utförts med anledning av oförutsedda omständigheter och är proportionerligt i förhållande till antalet förlorade timmar, under vilka det inte förekommit något arbete. Den belgiska regeringen anser att begreppen delvis arbetslös och periodvis arbetslös i artikel 71.1 a i i förordningen i

princip omfattar samma situationer som de som anges i belgisk rätt.

15. Den portugisiska regeringen anser, med hänvisning till flera av domstolens domar, att en gränsarbetare som upphör att vara heltidsanställd hos en bestämd arbetsgivare och i stället arbetar deltid hos samma arbetsgivare, skall anses som en delvis arbetslös gränsarbetare i den mening som avses i artikel 71.1 a i i förordningen.

16. Kommissionen har för det första erinrat om att enligt artikel 13.1 i förordningen omfattas de personer för vilka förordningen gäller av den sociala trygghetslagstiftningen endast i en medlemsstat och enligt domstolens rättspraxis bör förordningen tolkas på så sätt att både positiv och negativ konkurrens mellan medlemsstaternas system för social trygghet undviks.

17. I artikel 13.2 a i förordningen anges ytterligare en princip som enligt kommissionen bör beaktas, nämligen principen om *lex loci laboris*, det vill säga att arbetstagaren omfattas av systemet för social trygghet i den medlemsstat där han arbetar.

18. Artikel 71 i förordningen utgör ett undantag från denna princip, och gemenskapslagstiftaren har därvid utgått från idén att då gränsarbetaren har blivit arbetslös och befinner sig i det land där han är bosatt kan han få den bästa hjälpen och enklast erhålla de förmåner som han har rätt till från den behöriga institutionen i det land där han är bosatt.

19. Om anknytningen till tjänstgöringslandet däremot inte helt har upphört, bland annat på grund av att den berörde fortfarande har en anställning där, om än på deltid, är inte skälen till undantaget från principen om *lex loci laboris* uppfyllda, varför denna princip på nytt skall äga tillämpning.

20. Enligt kommissionen "är en gränsarbetare 'delvis arbetslös' om han behåller en anställning (en annan anställning än heltid) i tjänstgöringslandet, och han fortsätter därvid i enlighet med artikel 13.2 a i förordningen att omfattas av systemet för

social trygghet i det landet... En gränsarbetare anses däremot som 'helt arbetslös' om han helt saknar anknytning till en anställning och systemet för social trygghet i det land där han tidigare arbetade".

V — Bedömning

21. Det skall inledningsvis erinras om att förordningen inte inrättar ett gemensamt system för social trygghet utan endast har som mål att säkerställa en samordning mellan de nationella systemen. [3] Den fastlägger gemensamma kriterier för att undvika att en migrerande arbetstagare inte omfattas av något system för social trygghet eller samtidigt omfattas av systemen i två medlemsstater.

22. Genom att ställa frågan huruvida en arbetstagare som befinner sig i samma situation som R.J. de Laat omfattas av det nederländska systemet för social trygghet såsom varande helt arbetslös eller av det belgiska systemet för social trygghet såsom varande delvis arbetslös eller, som den belgiska regeringen har anfört, av båda dessa system samtidigt, har den nationella domstolen begärt att få lösningen på ett problem av just detta slag.

Vad beträffar den första och den andra frågan

23. Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida begreppen helt eller delvis arbetslös skall ha samma gemenskapsrättsliga innebörd. Alla medlemsstater som har lämnat in skriftliga synpunkter, liksom kommissionen, är överens om att denna fråga skall besvaras jakande.

24. Det är uppenbart att så är fallet.

25. Det följer nämligen av fast rättspraxis från domstolen att "förordning nr 1408/71, som har antagits med stöd av artikel 51 i fördraget, i huvudsak syftar till att säkerställa att varje medlemsstats

3 — Se särskilt dom av den 5 juli 1988 i mål 21/87, Borowitz (REG 1988, s. 3715), punkt 15.

system för social trygghet som rör arbetstagare som flyttar inom gemenskapen tillämpas i enlighet med *enhetliga gemenskapskriterier*[4]".[5]

26. När det gäller frågan om vilket rättssystem som är tillämpligt i en specifik situation har domstolen uttalat att det framgår av bestämmelserna i avdelning II i förordning 1408/71 att "frågan om vilken nationell lagstiftning som skall tillämpas, skall avgöras på grundval av kriterier som härletts ur gemenskapsrättsliga bestämmelser". Även om det "ankommer på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet, eller en viss del av samma system, har medlemsstaterna nämligen inte möjlighet att bestämma i vilken omfattning som deras egen lagstiftning respektive en annan medlemsstats lagstiftning är tillämplig".[6]

27. Med hänsyn till mitt svar på den första frågan är det inte nödvändigt att besvara den andra frågan.

Vad beträffar den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte frågan

28. Den nationella domstolen har ställt den tredje, den fjärde och den femte frågan för att få klarhet i vilka gemenskapsrättsliga kriterier som skall tillämpas för att bestämma om en arbetstagare är helt eller delvis arbetslös.

29. Den nationella domstolen har därefter ställt den sjätte frågan för att få klarhet i om en person i R.J. de Laats situation skall anses som en delvis eller helt arbetslös gränsarbetare i den mening som avses i artikel 71.1 a i respektive artikel 71.1 a ii i förordningen.

30. Enligt gemenskapsrätten föreligger det dock inget tvivel om att en sådan arbetstagare inte kan anses vara helt arbetslös.

31. Redan förnuftet säger att en arbetstagare som är helt arbetslös är en arbets-

4 — Författarens kursivering.

5 — Dom av den 10 januari 1980 i mål 69/79, Jordens-Vosters (REG 1980, s. 75), punkt 11.

6 — Dom av den 23 september 1982 i mål 276/81, Kuijpers (REG 1982, s. 3027), punkt 14.

tagare som till följd av att hans anställning upphört inte längre arbetar utan söker efter ett nytt arbete.

32. Det är för övrigt denna definition som kommissionen den 12 januari 1996 har lagt fram i ett förslag till ändring av förordningen, en ändring som ännu inte har antagits av rådet. [7]

33. Enligt detta förslag "skall termen helt arbetslös avse den situation som en arbetstagare befinner sig i när arbetstagarens anställning har avbrutits eller upphört".

34. Denna definition omfattar inte bara de arbetstagare vars anställning har upphört och de som har blivit uppsagda, utan även de som har sagt upp sig. [8] Enligt min mening är denna definition acceptabel eftersom förordningen, hur som helst, inte syftar till att fastställa materiella bestämmelser till förmån för en arbetstagare som är helt arbetslös. Sådana bestämmelser fastställs i nationell lagstiftning. Det kan därför hända att en arbetstagare i en medlemsstat som frivilligt har sagt upp sig inte erhåller arbetslöshetsersättning, medan det motsatta förhållandet gäller i en annan medlemsstat.

35. Man kan följaktligen sluta sig till att begreppet helt arbetslös i den mening som avses i förordningen syftar på en situation då en arbetstagare, vars anställning har avbrutits eller upphört, söker ett nytt arbete. [9]

36. Eftersom R.J. de Laat under den aktuella perioden har förvärvsarbetat i Belgien, kan han inte anses vara helt arbetslös.

37. Det finns däremot anledning att diskutera frågan om R.J. de Laat är delvis arbetslös eller deltidsanställd. Det råder inget tvivel om att en arbetstagare, enligt gemenskapsrätten, skall anses vara delvis

7 — Förslag till rådets förordning (EG) om ändring, till förmån för arbetslösa personer, av förordning nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, samt av förordning (EEG) nr 574/72, som anger tillämpningsföreskrifter för förordning nr 1408/71 (EGT C 68, s. 11).

8 — Det följer dock av en handling i den nationella akten att R.J. de Laat blev uppsagd av ekonomiska skäl. Han var utan anställning under en dag (en söndag).

9 — Att arbetstagaren är arbetssökande visas genom att denne är inskriven som arbetssökande vid behörigt organ.

arbetslös då han är tvungen att, mot sin vilja, arbeta färre timmar än vad som följer av hans anställningskontrakt.

38. Frågan är om denna definition också avser en sådan situation som den i det förevarande fallet då antalet arbetstimmar har minskats till följd av att arbetstagaren har *anställts på nytt* vid samma arbetsplats?

39. Vid en första anblick tycks det som om denna fråga bör besvaras jakande i samtliga fall då arbetstagaren har blivit uppsagd och den tidigare (heltids-) anställningen omedelbart har övergått i en (deltids-) anställning.

40. Detta synsätt tar dock inte hänsyn till att det är svårt att på objektiva grunder bestämma om det är fråga om en arbetstagare som själv har valt att arbeta ett mindre antal timmar eller inte. Det nya anställningskontraktet kommer nämligen ofta att formuleras på samma sätt i båda fallen.

41. Man kan inte med säkerhet utesluta att en arbetstagare, till skillnad från R.J. de Laat, i själva verket önskar att i fortsättningen enbart arbeta deltid, och att han på grund av detta blir tilldelad andra arbetsuppgifter inom företaget, men inte desto mindre vänder sig till behöriga myndigheter för att kompensera sitt inkomstbortfall genom att uppbära ersättning för delvis arbetslöshet.

42. Om man anser att en arbetstagare som har kommit överens med sin arbetsgivare om en anställning med färre timmar skall betraktas som deltidsarbetslös, kan man inte heller skilja denna situation från den då en arbetstagare kommer överens med en ny arbetsgivare om en likadan anställning. En sådan arbetstagare borde rimligen också anses vara deltidsarbetslös.

43. Det skulle emellertid leda till osäkerhet om en person som blivit anställd på deltid av en ny arbetsgivare ansågs som deltidsarbetslös för det fall han alltjämt avsåg att bli anställd på heltid. Detta skulle betyda att arbetstagarens avsikter måste vägas in, vilket är just vad förordningen syftar till att undvika.

44. Enligt min mening bör begreppet delvis arbetslös tolkas utifrån lydelsen av artikel 71.1 a i, i vilken föreskrivs:

"En gränsarbetare som är delvis eller periodvis arbetslös i det företag som sysselsätter honom skall få förmåner enligt bestämmelserna i den behöriga statens lagstiftning..."

45. Orden "som sysselsätter honom" innebär att anställningen fortgår, nämligen att en heltidsanställning övergår i en deltidsanställning inom samma företag, utan att anställningen för den skull avbryts eller att anställningskontraktet ändras i syfte att minska arbetstiden.

46. Det bör noteras att detta inte är avgörande för vilka förmåner som en person som befinner sig i samma situation som R.J. de Laat kan erhålla från den stat vars rättsordning är tillämplig enligt förordningen.

47. Om den rättsordning som är tillämplig enligt de gemenskapsrättliga kriterierna ger arbetstagare som är deltidsanställda rätt till visst stöd därför att dessa anses omfattas av rätten till arbetslöshetsersättning, skall en sådan arbetstagare inte vägras sådant stöd under förevändningen att han är bosatt i en annan medlemsstat.

48. En sådan vägran skulle nämligen innebära ett direkt åsidosättande av principen om icke diskriminering enligt artikel 48 i EG-fördraget (nu artikel 39 EG i ändrad lydelse).

49. Jag anser följaktligen att för att betraktas som delvis arbetslös i den mening som avses i artikel 71.1 a i i förordningen, måste en arbetstagare med anställningskontrakt, mot sin vilja, [10] vara tvungen att arbeta färre timmar än vad som framgår av kontraktet.

50. Den nationella domstolen har emellertid inte begärt att domstolen skall klarlägga hur begreppen delvis arbetslös och deltidsarbete förhåller sig till varandra. Om en arbetstagare hör till den ena eller den andra

10 — Denna vilja skall framgå på ett objektivt sätt av det föreliggande och oförändrade anställningskontraktet.

kategorin spelar för övrigt ingen roll med avseende på vilken rättsordning som blir tillämplig enligt förordningen. I både artikel 71.1 a i (gränsarbetare som är delvis arbetslös) och artikel 13.2 a (arbetstagare som är anställd, även deltidsanställd) tillämpas nämligen samma kriterier, det vill säga platsen för verksamheten.

51. Vad den nationella domstolen i huvudsak önskar få klarhet i är om en arbetstagare som befinner sig i samma situation som R.J. de Laat kan betraktas som helt arbetslös i den mening som avses i förordningen, vilket skulle få till följd att rättsordningen i den medlemsstat där han är bosatt var tillämplig enligt artikel 71.1 a ii i förordningen.

52. Det har emellertid inte ifrågsatts att R.J. de Laat hade en anställning under den omtvistade perioden och att han därför enligt artikel 13.2 a omfattades av den medlemsstats rättsordning där han var anställd, i detta fall den belgiska.

53. Det följer för övrigt av domstolens rättspraxis att "artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71 skall tolkas så att en person som omfattas av förordningens tillämpningsområde och som är anställd på deltid inom en medlemsstats territorium, omfattas av denna stats lagstiftning både under de dagar då han arbetar och de dagar då han inte arbetar". [11]

54. Jag föreslår således att den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte frågan skall besvaras på följande sätt:

"En gränsarbetare som är anställd skall inte anses vara helt arbetslös i den mening som avses i förordning nr 1408/71. Han omfattas av den medlemsstats lagstiftning där han är anställd även om han är bosatt i en annan medlemsstat."

11 — Dom av den 3 maj 1990 i mål C-2/89, Kits van Heijningen (REG 1990, s. I-1755), punkt 15.

VI — Förslag till avgörande

55. Med hänsyn till vad som har framkommit ovan föreslår jag att frågorna som har ställts av Arrondissementsrechtbank te Roermond besvaras på följande sätt:

1) Begreppen helt arbetslös och delvis arbetslös i artikel 71.1 a i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen skall tolkas enligt gemenskapsrätten.

2) En gränsarbetare som är anställd skall inte anses vara helt arbetslös i den mening som avses i förordning nr 1408/71. Han omfattas av den medlemsstats lagstiftning där han är anställd även om han är bosatt i en annan medlemsstat.