# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN
fremsat den 19. april 1988 *

*Høje Domstol.*

Felix Borowitz er født i Polen i 1910. Efter sin gymnasieuddannelse og uddannelse ved højere læreanstalt i Polen fandt han beskæftigelse og indbetalte mellem 1937 og 1939 bidrag til den polske pensionsforsikring igennem 28 måneder. Fra 1939 til 1945 var han i tysk fangenskab.

Mellem 1948 og 1952 var Borowitz beskæftiget i Nederlandene, hvor han indbetalte tvungne forsikringsbidrag igennem 51 måneder. Herefter bosatte han sig i Tyskland, hvor han indbetalte tvungne forsikringsbidrag til den tyske pensionsordning for funktionærer. I 1961 blev han tysk statsborger og havde i alt, på det tidspunkt, da han gik på pension og ansøgte Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (herefter benævnt »BfA«) om en alderspension, indbetalt bidrag i Tyskland igennem 113 måneder. I sagen mellem Borowitz og BfA er det omtvistet, om de perioder, han har tilbagelagt i forbindelse med sin gymnasie- og højere uddannelse (hvorunder han ikke indbetalte tvungne forsikringsbidrag) skal medregnes ved fastsættelsen af hans samlede pension. Hvis de medregnes, vil han få udbetalt en højere pension.

Den nationale ret har antaget, at besvarelsen af dette spørgsmål afhænger af forholdet mellem intern tysk ret og EF-retten.

Hvad angår intern tysk ret, bestemmer artiklerne 35 og 36 i Angestelltenversicherungsgesetz (lov om pensionsforsikring for funktionærer), at der ved beregningen af de tilbagelagte forsikringsperioder med henblik på fastsættelsen af en alderspension, kan tages hensyn til de såkaldte »afbrydelsesperioder« (som også omfatter den tid, der medgår til en gymnasie- og højere uddannelse på teknisk skole eller universitet), der er forløbet mellem tidspunktet for tilslutningen til forsikringen og forsikringsbegivenhedens indtræden. Det forudsætter imidlertid, at der inden for mindst halvdelen af perioden mellem disse to tidspunkter er indbetalt bidrag for en forsikringspligtig beskæftigelse eller virksomhed. Selv om afbrydelsesperioderne (og visse andre perioder) altså ikke kan medregnes til godtgørelse af, at der er indbetalt bidrag for halvdelen af perioden, forhøjer disse perioder pensionens størrelse, såfremt der er tilbagelagt en sådan »halvbidragsperiode« (Halbbelegung). Er der derimod ikke indbetalt bidrag for mindst halvdelens vedkommende, tages der ikke hensyn til afbrydelsesperioderne ved beregningen af pensionens størrelse.

I henhold til artikel 4, stk. 2, i den konvention om pensions- og ulykkesforsikring, som blev indgået i 1975 mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Folkerepublikken Polen, skal der ved fastsættelsen af en alders-

* Oversat fra engelsk.

pension i henhold til tysk lovgivning medregnes forsikrings-, beskæftigelses- og hermed ligestillede perioder, som er tilbagelagt i Polen, som om de havde været tilbagelagt i Tyskland. Konventionen bestemmer dog udtrykkeligt, at »bestemmelser, vedtaget af en mellemfolkelig organisation, som landet er medlem« af (jfr. konventionens artikel 3), ikke berøres af konventionens forskrifter.

Hvad angår EF-retten finder Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT 1971 II, s. 363) — hvoraf den senest konsoliderede udgave er optaget som bilag I til Rådets forordning nr. 2001/83 (EFT 1983, L 230, s. 6) — anvendelse på arbejdstagere, som er eller har været omfattet af lovgivningen i én eller flere medlemsstater. Ifølge forordningens artikel 1, litra j), omfatter begrebet »lovgivning« enhver af medlemsstaternes »bestående og fremtidige love, administrative forskrifter, vedtægtsmæssige bestemmelser og alle andre gennemførelsesregler vedrørende de i [forordningens] artikel 4, stk. 1 og 2, nævnte sociale sikringsgrene eller sikringsordninger«.

Forordningens afsnit III, kapitel 3 (»alderdom og dødsfald (pensioner)«) vedrører udbetalingen af alderspensionsydelser i de tilfælde, hvor den pågældende har været omfattet af lovgivningen i to eller flere medlemsstater. Artikel 44, stk. 2, indeholder den hovedregel, at fastsættelsen af ydelserne skal ske under hensyn til samtlige de lovgivninger, den pågældende har været omfattet af. Ifølge artikel 45, stk. 1, skal denne institution, der beregner pensionsydelsen, i det tilfælde, hvor retten til ydelsen er betinget af, at der er tilbagelagt forsikringsperioder, i fornødent omfang medregne forsikringsperioder tilbagelagt efter enhver anden medlemsstats lovgivning, som om det drejede sig om perioder tilbagelagt efter den for den pågældende institution gældende lovgivning. Ifølge artikel 46 skal der ved fastsættelse af alderspensionsydelser (når en arbejdstager opfylder betingelserne for at erhverve ret til ydelser efter den nationale lovgivning, han har været omfattet af) ikke blot foretages en beregning af den ydelse, der svarer til den samlede længde af de forsikrings- eller bidragsperioder, som skal medregnes efter den pågældende medlemsstats lovgivning, men også en beregning af alle de forsikrings- eller bopælsperioder, som er tilbagelagt efter den nationale lovgivning, den pågældende har været omfattet af. Det beløb, som førstnævnte medlemsstat skal udbetale, fastsættes derpå efter forholdet mellem længden af de perioder, der er tilbagelagt efter lovgivningen i den pågældende medlemsstat, og den samlede længde af de tilbagelagte perioder. Det er det højeste af disse to beløb — altså det faktisk skyldige beløb og det beløb, der fremkommer ved anvendelsen af nævnte beregningsmetode (det såkaldte teoretiske beløb) — som derpå skal udbetales den pågældende.

Bilag VI, afsnit C, i den konsoliderede udgave af forordning (EØF) nr. 1408/71 fra 1983 (og som tidligere var indeholdt i bilag V, afsnit B), bestemmer, at ved afgørelsen af, om afbrydelsesperioder skal medregnes som sådanne, skal tvungne bidrag, der er erlagt efter en anden medlemsstats lovgivning, og tilslutning til en anden medlemsstats forsikringsordning ligestilles med tvungne bidrag efter den tyske lovgivning og med tilslutning til den tyske pensionsforsikring.

I den foreliggende hovedsag tog BfA, da man første gang beregnede sagsøgerens pension (efter at have berigtiget en tidligere fejl) hensyn til perioderne med tvungen forsikring, som sagsøgeren havde tilbagelagt i

Nederlandene, og lagde disse perioder sammen med de måneder, hvorunder han havde indbetalt bidrag i Tyskland. På grundlag heraf antog Bfa, at Borowitz opfyldte betingelsen om den obligatoriske halve bidragsperiode og tog i forbindelse med beregningen af Borowitz' samlede pensionskrav hensyn til de »afbrydelsesperioder«, hvorunder han havde gået i gymnasiet eller været under højere uddannelse, da det tilsyneladende efter tysk ret var uden betydning, om disse uddannelsesperioder var tilbagelagt i Polen og ikke i Tyskland.

Efter at førnævnte konvention var blevet ratificeret i 1975, foretog BfA den 9. januar 1978 en fornyet beregning af Borowitz' pension, på grundlag af bestemmelserne i tysk lovgivning, den polsk-tyske konvention samt forordning (EØF) nr. 1408/71. Først medregnede BfA afbrydelsesperioderne, men tog så i en senere afgørelse af 4. juli 1978 afstand fra den tidligere beregningsmetode og foretog to indbyrdes uafhængige beregninger af pensionen. Ved den ene beregning tog den hensyn til de polske og tyske bidrag, men ikke til de bidrag, der var indbetalt i Nederlandene. Ved den anden beregning tog den hensyn til de tyske og nederlandske, men ikke til de polske bidrag. I overensstemmelse med sin administrative praksis udbetalte BfA herefter det højeste af de to beløb, der fremkom ved beregningerne. Da Borowitz imidlertid ikke opfyldte betingelsen om den obligatoriske halve bidragsperiode ved nogen af de to indbyrdes uafhængige beregninger, fandt BfA ikke længere at kunne tage hensyn til afbrydelsesperioderne.

Ved en efterfølgende afgørelse af 29. august 1979, (senere berigtiget ved afgørelse af 2. oktober 1979), stadfæstede BfA førnævnte fortolkning af reglerne og fastsatte Borowitz' pension til 1 203,20 DM. Af billighedsgrunde lod BfA imidlertid Borowitz beholde det højeste af de førnævnte beløb (dvs. det beløb, der var beregnet under hensyntagen til afbrydelsesperioderne), men meddelte ham samtidig, at pensionen udelukkende ville blive forhøjet, såfremt den nye beregningsmetode i fremtiden ville føre til fastsættelse af et højere pensionsbeløb.

Under en sag anlagt ved Sozialgericht Reutlingen anfægtede Borowitz denne beregningsmetode, idet han gjorde gældende, at der skulle foretages én overordnet beregning af pensionen på grundlag af bidragsperioderne i Tyskland, Nederlandene og Polen, som sammenlagt indebar, at han opfyldte betingelsen om den obligatoriske halve bidragsperiode, hvorfor der kunne tages hensyn til afbrydelsesperioderne. Ved sin dom af 10. februar 1982 tog Sozialgericht Reutlingen Borowitz' påstand til følge. BfA ankede herefter sagen til Landessozialgericht, som ved dom af 18. december 1984 stadfæstede afgørelsen. Derpå indgav BfA revisionsanke ved Bundessozialgericht, som ved kendelse af 25. november 1986 udsatte sagen og forelagde Domstolen følgende spørgsmål:

»Er det lovligt efter Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, at en tysk socialsikringsinstitution ved beregningen af »afbrydelsesperioderne« (Ausfallzeiten) ikke blot sidestiller de tvungne bidrag, som er indbetalt i andre medlemsstater (henholdsvis vedkommendes tilslutning til andre medlemsstaters pensionsforsikring) med tvungne bidrag indbetalt i henhold til tysk lovgivning (henholdsvis tilslutning til den tyske pensionsforsikring), men også sidestiller tvungne bidrag (henholdsvis tilslutning til en en pensionsforsikring) i et tredjeland (her: Polen), hvormed Forbundsrepublikken Tyskland har indgået en konvention om gensidig ligestilling af forsikringsperioder?«

I sit skriftlige indlæg har Kommissionen anført, at en konvention af den art, der er indgået mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Polen og som i denne sag er bragt i anvendelse inden for Forbundsrepublikken Tysklands område, falder ind under begrebet »lovgivning« i forordningens artikel 1, litra j), hvorfor de polske perioder ved anvendelsen af forordningens kapitel 3 må sidestilles med de tyske perioder. Det Forenede Kongerige er derimod af den opfattelse, at en sådan konvention ikke har karakter af »lovgivning« i henhold til forordning nr. 1408/71, og at ingen medlemsstat kan påføre andre medlemsstater forpligtelser på socialsikringsområdet ved at indgå en bilateral konvention med et tredjeland. Under den mundtlige forhandling indtog Kommissionen og Det Forenede Kongerige imidlertid reelt nogenlunde det samme standpunkt og anførte, at det præjudicielle spørgsmål bør besvares bekræftende. Det præjudicielle spørgsmål i sagen er jo, om de tyske myndigheder efter forordningen lovligt kan medregne ikke blot tvungne bidragsperioder efter en anden medlemsstats lovgivning, men i kraft af en konvention om gensidig ligestilling af forsikringsperioder også lovligt kan medregne tvungne forsikringsperioder efter den polske lovgivning.

Kommissionen har gjort gældende, at det præjudicielle spørgsmål udelukkende vedrører den særlige bestemmelse om afbrydelsesperioder i tysk lovgivning, som den betegner som noget helt specielt for tysk ret. Jeg finder ikke, at spørgsmålet kan afgrænses så snævert.

For det første fremgår for mig at se klart af forordningens kapitel 3, at der ved beregningen af Borowitz' pension *skal tages hensyn* til de bidragsperioder, han har tilbagelagt i Nederlandene. Ligeledes fremgår det klart, at forordningen *ikke afskærer* den tyske institution fra at tage hensyn til polske perioder ved vurderingen af pensionsrettighederne efter tysk lovgivning.

Forordning (EØF) nr. 1408/71 indeholder ganske vist regler om beregning af pensionen på grundlag af de perioder, der er tilbagelagt efter socialsikringslovgivningen i mere end én medlemsstat, men dette indebærer ikke nogen fortabelse af de rettigheder, der i øvrigt er erhvervet efter national lovgivning. Efter tysk ret kunne sagsøgeren, Felix Borowitz, således gøre krav på at få beregnet sin pension under skyldig hensyntagen til de polske perioder. Den omstændighed, at han efter forordning (EØF) nr. 1408/71 tillige kan kræve medregnet de nederlandske perioder, fratager ham ikke hans rettigheder efter tysk lovgivning. Såfremt man fortolkede forordning (EØF) nr. 1408/71 på den måde, at den udelukkede medregning af de polske perioder, ville dette efter min opfattelse være i strid med det generelle formål i EØF-Traktatens artikel 51, som forordningen bl. a. skal sikre opfyldt (nemlig at der iværksættes de til gennemførelse af arbejdskraftens frie bevægelighed nødvendige foranstaltninger). En statsborger fra én medlemsstat ville nemlig blive afholdt fra at rejse til et andet land, såfremt han vidste, at han ville miste de rettigheder, han havde erhvervet i kraft af de bidragsperioder, han havde tilbagelagt i et tredjeland, og som var anerkendt i førstnævnte medlemsstat, såfremt han forlod sit eget land for at tage arbejde i en anden medlemsstat.

Den nationale ret har ikke spurgt Domstolen, om de polske perioder *skal* medregnes efter forordning (EØF) nr. 1408/71 (men *om* det er *lovligt* at medregne dem). Såfremt dette spørgsmål skulle besvares under sagen, er det min opfattelse, at ingen af bestemmel-

serne i forordningens artikler 6, 7 og 8 siger noget herom, og at det eneste argument, som i øvrigt er blevet fremført til støtte for at antage, at perioderne skal medregnes efter forordningen, er, at artikel 4, stk. 1, sammenholdt med definitionen i artikel 1, litra j), er tilstrækkeligt vid til også at kunne omfatte bilaterale konventioner, som er ratificeret af eller optaget i national lovgivning.

Definitionen af begrebet »lovgivning« i forordningens artikel 1, litra j), er nemlig rent faktisk meget vid, idet ikke blot love, administrative forskrifter og vedtægtsmæssige bestemmelser er omfattet heraf, men »alle andre gennemførelsesregler« vedrørende de sociale sikringsgrene, der er nævnt i forordningens artikel 4, stk. 1, og stk. 2. Definitionen kan således tænkes også at omfatte retsforskrifter og foranstaltninger, hvorved en medlemsstat tillægger en bilateral konvention med et tredjeland retsvirkning. 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. Dette resultat stemmer for mig at se med Domstolens praksis i sagerne 16/72 (Algemeine Ortskrankenkasse Hamburg mod Landesversicherungsanstalt Schleswig-Holstein, Sml. 1972, s. 285) og 75/76 (Kaucic mod Institut national d'assurances maladie-invalidité, Sml. 1977, s. 495, præmisserne 8 og 9).

Så vidt jeg kan skønne, vedrørte sag 87/76 (Bozzone mod Office de sécurité sociale d'outre-mer, Sml. 1977, s. 687) et særtilfælde, idet »samtlige« de i sagen omhandlede regler (sagen vedrørte et dekret af 7. august 1952, udstedt af en medlemsstats koloni, som senere var blevet stadfæstet ved en belgisk lov af 16. juni 1960 og ændret ved bestemmelser i den nationale lovgivning), antoges omfattet af begrebet »lovgivning«, da forordning (EØF) nr. 1408/71 ikke blot fandt anvendelse i moderlandet, men også kunne anvendes i den pågældende medlemsstats tidligere kolonier.

Flere af Domstolens senere domme fastslår, at artikel 1, litra j), har et vidt anvendelsesområde — jfr. således nævnte Bozzone-sag og dommen af 23. oktober 1986 i 300/84 (Van Roosmalen mod Bestuur van Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen, Sml. s. 3097), men den sidste sag vedrørte, så vidt det ses, en person, der som statsborger i en af Fællesskabets medlemsstater havde tilknytning til socialsikringen i sit hjemland, før vedkommende tog arbejde i udlandet. Det fremgår af dommens præmisser 30 og 31, at nationale lovbestemmelser om social sikring, som også omfatter personer, der helt eller delvis udøver beskæftigelse uden for Fællesskabet, er omfattet af begrebet »lovgivning« i artikel 2 i forordning (EØF) nr. 1408/71. Dommen kan dog ikke efter min opfattelse fortolkes på den måde, at den kræver, at der ved sammenlægning af — perioder og den heraf følgende fordeling af medlemsstaternes forpligtelser i henhold til forordning (EØF) nr. 1408/71 — skal tages hensyn til de perioder, som den pågældende har tilbagelagt i et tredjeland, før vedkommende blev statsborger i et EF-land og omfattet af medlemsstatens lovgivning om social sikring (selv om disse perioder efter national ret skal sidestilles med indenlandske perioder i kraft af en bilateral konvention).

Jeg skal derfor sammenfattende foreslå Bundessozialgerichts spørgsmål besvaret på følgende måde:

»Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 er ikke til hinder for, at en tysk socialsikringsinstitution ved beregningen af afbrydelsesperioderne ikke blot sidestiller tvungne bidrag indbetalt efter andre medlemsstaters lovgivning (eller tilslutning til andre medlemsstaters pensionsordning) med tvungne bidrag indbetalt i henhold til tysk lovgivning (eller tilslutning til den tyske pensionsordning), men også sidestiller tvungne bidrag (eller tilslutning) til en ordning i et tredjeland (Polen), hvormed Forbundsrepublikken Tyskland har indgået en konvention om gensidig ligestilling af forsikringsperioder, forudsat der ikke i kraft af de sidstnævnte bidrag og de sidstnævnte forsikringsperioder derved pålægges de andre medlemsstater større forpligtelser ved anvendelsen af forordningen, end hvis disse bidrag og forsikringsperioder ikke var blevet medregnet.«

Det tilkommer den nationale ret at træffe afgørelse om parternes omkostninger i hovedsagen. De udgifter, der er afholdt af Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige, som har afgivet indlæg ved Domstolen, kan ikke godtgøres.