14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, at den kompetente institution i en medlemsstat, hvis lovgivning anses for at høre til den i forordningens artikel 37, stk. 1, nævnte type, fastsætter invaliditetsydelsens teoretiske beløb i forhold til det omfang, hvori der i perioden mellem det tidspunkt, hvor den pågældende første gang blev forsikret i en medlemsstat, og det tidspunkt, hvor uarbejdsdygtigheden indtrådte, er tilbagelagt forsikringsperioder i henhold til medlemsstaternes lovgivninger eller i medfør af forordningen.

Due Chloros Grévisse

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. september 1982.

Justitssekretæren
efter bemyndigelse

H. A. Rühl

Ekspeditionssekretær

O. Due

Formand for anden afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. VERLOREN VAN THEMAAT FREMSAT DEN 17. JUNI 1982 [1]

Høje Domstol.

1. Indledning

Under denne sag bliver Domstolen endnu en gang stillet over for den meget komplicerede fællesskabsretlige koordinering af nationale sociale sikringsordninger, som den er fastsat i Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971 (EFT 1971 II, s. 366). Sagen viser også, at sammenkoblingen af de forskellige ordninger trods de mange og detaillerede bestemmelser i forordningen ikke altid

1 — Oversat fra nederlandsk.

forløber upåklageligt og i praksis til tider kan føre til paradoksale resultater.

For kort og overskueligt at kunne fremlægge og vurdere de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til det præjudicielle spørgsmål, skal jeg først give en redegørelse for de relevante nationale og fællesskabsretlige bestemmelser. Derefter vil jeg gå ind på besvarelsen af det spørgsmål, som Raad van Beroep, Amsterdam, har stillet.

2. De nederlandske lovbestemmelser om uarbejdsdygtighed

Den nederlandske lov af 18. februar 1966 (Staatsblad. s. 84) om forsikring mod uarbejdsdygtighed (WAO) bestemmer, at arbejdstagere ved uarbejdsdygtighed i mere end 52 uger har ret til en ydelse. Ydelsens størrelse bestemmes af to faktorer, nemlig graden af uarbejdsdygtighed og lønindtægten pr. dag. Bestemmelserne om lønindtægten pr. dag findes i WAO artikel 14, der lyder således:

1. Med henblik på beregningen af en uarbejdsdygtighedsydelse, som skal udbetales i henhold til denne lov, anses ifølge almindelige bestemmelser, som udstedes af socialforsikringsrådet og godkendes af ministeren, følgende beløb for lønindtægt pr. dag: Det beløb, som den ydelsesberettigede, hvis han ikke var uarbejdsdygtig — beregnet efter lønniveauet på begyndelsesdagen for uarbejdsdygtighedsydelsen — i gennemsnit kunne have tjent pr. dag i det derpå følgende år med femdages arbejdsuge, såfremt han var beskæftiget i det eller de erhverv, som han sædvanligt udøvede. De nævnte almindelige bestemmelser bekendtgøres i Nederlandse Staatscourant.

2. Uanset bestemmelsen i stykke 1 eller de der nævnte almindelige bestemmelser kan der af socialforsikringsrådet med hensyn til fastsættelsen af lønindtægten pr. dag udstedes særlige bestemmelser, der kræver ministerens godkendelse. Også disse særlige bestemmelser bekendtgøres i Nederlandse Staatscourant.

3. Ved de i stykke 1 nævnte almindelige bestemmelser fastsætter socialforsikringsrådet under iagttagelse af bestemmelser, der udstedes herom af ministeren, mindstelønindtægten pr. dag. De i stykke 2 nævnte særlige bestemmelser kan ikke afvige herfra.

Det i denne bestemmelses stykke 1 nævnte begreb lønindtægt pr. dag er nærmere specificeret i Besluit Dagloonregelen WAO (bekendtgørelse nr. 61524 om fastsættelse af lønindtægten pr. dag i forbindelse med loven om forsikring mod uarbejdsdygtighed; udstedt af socialforsikringsrådet den 20. april 1967, Staatscourant 1967, s. 126).

Når henses til, at ydelsens størrelse i henhold til WAO *ikke* er afhængig af forsikringsperiodens længde, kan den foreliggende ordning anses for at hvile på et risikoprincip, jfr. artikel 37, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 (type »A«). Denne klassificering indebærer, at der på tidspunktet for forsikringsbegivenhedens indtræden rent faktisk skal foreligge en forsikring, for at der kan tilkendes ret til ydelse. Som sagt er ydelsens størrelse da uafhængig af forsikringsperiodens længde. Hvis ovennævnte forsikringsbetingelse ikke er opfyldt, består der ingen ret til ydelse i henhold til WAO og derfor heller ikke i henhold til pro rata-bestemmelserne i forordning nr. 1408/71

(artikel 46). Følgen af dette risikoprincip for arbejdstagere, der flytter fra Nederlandene, er således, at der i invaliditetstilfælde i en anden medlemsstat ikke består nogen ret til en nederlandsk pro rata-ydelse i henhold til WAO. Hvis den anden medlemsstat også anvender et risikoprincip, vil dette i almindelighed ikke skabe problemer for den vandrende arbejdstager. Hvis der imidlertid i den anden medlemsstat gælder et optjeningsprincip, vil ydelsen i den anden medlemsstat, såfremt minimumsforsikringsperioden er tilbagelagt, i almindelighed være lavere, jo længere tid arbejdstageren har arbejdet i Nederlandene.

3. Artikel 45, stk. 3, i forordning nr. 1408/71

For at forhindre disse uønskede følger af risikoprincippet har man i forordning nr. 1408/71 indsat den særlige bestemmelse i artikel 45, stk. 3, der lyder således:

»Såfremt en medlemsstats lovgivning, som gør tilkendelse af ydelser betinget af, at arbejdstageren er omfattet af denne lovgivning på tidspunktet for forsikringsbegivenhedens indtræden, ikke stiller krav om forsikringstid af en vis længde, hverken i henseende til erhvervelse af ret til ydelser eller til disses beregning, skal enhver arbejdstager, som ikke længere er omfattet af nævnte lovgivning, ved anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel anses for endnu at være omfattet af den på tidspunktet for forsikringsbegivenhedens indtræden, såfremt den pågældende på det nævnte tidspunkt er omfattet af en anden medlemsstats lovgivning eller, hvis dette ikke er tilfældet, såfremt han kan gøre krav på ydelser efter en anden medlemsstats lovgivning. Denne sidste betingelse anses dog for opfyldt i det i artikel 48, stk. 1, omhandlede tilfælde«.

Formålet med denne bestemmelse er ikke at garantere den vandrende arbejdstager en ydelse, som er lige så høj som den, der udbetales til en arbejdstager, der er omfattet af risikoprincippet, men kun at sikre ham ret til en pro rata-ydelse i henhold til artikel 46, stk. 2, 1. pkt. Hvor der i henhold til en ordning, der hviler på risikoprincippet, ikke består nogen ret til en ydelse, stiftes der en ret i henhold til artikel 45, stk. 3.

For ydelser i henhold til et risikoprincip har denne bestemmelse en væsentlig følge. Ifølge artikel 46, stk. 2, litra a), sidste pkt., anses ydelsens beløb efter den lovgivning, der hviler på risikoprincippet, for det i bestemmelsen nævnte »teoretiske beløb«. Såfremt artikel 45, stk. 3 derfor finder anvendelse, og såfremt der består en ret til en pro rata-ydelse i henhold til en lovgivning, der hviler på risikoprincippet, kan en lakune i forsikringsforløbet ikke længere spille nogen rolle, i modsætning til hvad der gælder en pro rata-ydelse i henhold til et optjeningsprincip. Anvendelsen af artikel 45, stk. 3, kan på denne måde føre til den paradoksale situation, at jo større lakunerne i forsikringsforløbet i henhold til den lovgivning, der hviler på risikoprincippet, er, jo højere er pro rata-ydelsen på grundlag deraf. Denne virkning kan illustreres ved følgende eksempler. Når en arbejdstager har været forsikret i Nederlandene i fem år i henhold til WAO og derefter i en anden medlemsstat i 25 år i henhold til et optjeningsprincip, udgør hans nederlandske pro rata-ydelse i henhold til artikel 45, stk. 3, sammenholdt med artikel 46, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 $^{5}/_{30} = {}^{1}/_{6}$ af det

teoretiske beløb. Hvis der er tale om en ikke forsikret periode i Nederlandene på f.eks. 24 år, efterfulgt af 5-års WAO-forsikring og et års forsikring i henhold til et optjeningsprincip i en anden medlemsstat, udgør pro rata-ydelsen fra Nederlandene $^5/_6$ af det teoretiske beløb. Disse eksempler viser, at hvis en pensionsordning efter risikoprincippet behandles som en ordning, der hviler på optjeningsprincippet, på den måde at retten til ydelser opretholdes i henhold til artikel 45, stk. 3, giver dette konsekvenser, som er utænkelige i forbindelse med et optjeningsprincip, fordi det teoretiske beløb i så fald er lavere, jo større lakunerne i forsikringsforløbet er.

4. Bijzonder Dagloonbesluit WAO (bekendtgørelse om særlige bestemmelser for fastsættelse af lønindtægten pr. dag)

For at imødegå det som sagt paradoksale resultat, at lakuner i forsikringsforløbet ikke bevirker, at ydelsen nedsættes, kan der i princippet tænkes to muligheder. Den første er en ændring af forordning nr. 1408/71, hvilket der ifølge sagens akter og oplysninger givet af Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging's repræsentant er udfoldet forskellige bestræbelser på fra nederlandsk side, om end uden resultat. Den anden mulighed er, at det teoretiske beløb i artikel 46, stk. 2, litra a), fastsættes således, at der kan tages hensyn til lakuner i forsikringsforløbet. Som Kommissionen også har fremført, bliver det teoretiske beløb da så at sige »tilpasset«. Bedrijfsvereniging har gennem sin repræsentant forklaret, at det er denne mulighed, man har valgt med Bijzonder Dagloonbesluit WAO (nr. 78/2154 udstedt af socialforsikringsrådet og godkendt ved bekendtgørelse nr. 51832 af 8. juni 1978, Staatscourant 1978, s. 128). Lønindtægten pr. dag som basis for beregningen af ydelsen i henhold til WAO og derfor som basis for beregningen af det teoretiske beløb i henhold til artikel 46, stk. 2, nedsættes ifølge bekendtgørelsens artikel 8, stk. 1, proportionalt med lakuner i forsikringsforløbet. Bestemmelsen lyder således:

»Den i henhold til de foranstående artikler beregnede lønindtægt pr. dag nedsættes forholdsmæssigt, såfremt den ydelsesberettigede mangler en eller flere forsikringsperioder i tidsrummet mellem den dato, hvor han for første gang i et land, som ved uarbejdsdygtighedsydelsens indtræden er medlemsstat, blev forsikret eller i henhold til forordningen anses for at være blevet forsikret i henhold til en lovgivning om ydelser i anledning af invaliditet, og den dato, hvor hans uarbejdsdygtighed er indtrådt«.

Ifølge Bedrijfsvereniging's svar på et af Domstolen stillet spørgsmål har Bijzonder Dagloonbesluit klart til formål — for så vidt angår anvendelsen af forordningens artikel 45, stk. 3, — at omdanne risikoprincippet i WAO til et optjeningsprincip, med dertil svarende følger for de pro rata-ydelser, der skal fastsættes i henhold til artikel 46, stk. 2. Bedrijfsvereniging's repræsentant føjede hertil, at bekendtgørelsen tjente som korrektion af den retsvirkning af forordning nr. 1408/71, som betegnedes som »uegentlig«, for at gøre det muligt at gennemføre forordningen *inden for rammerne af den nationale ordning.*

5. De faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

C. G. Besem var arbejdstager fra 1934 til 1978. I 1978 blev han erklæret uarbejdsdygtig i Forbundsrepublikken Tyskland efter at have arbejdet dér i næsten 13 år. I Nederlandene var han arbejdsløs fra 1948 til 1953. Af det maksimale antal opnåelige forsikringsår på 43,92 opnåede han på grund af denne afbrydelse 38,83. Ved anvendelse af artikel 45, stk. 3, i forordning nr. 1408/71 opnåede Besem ret til en pro rata-ydelse i henhold til WAO. Den kompetente nederlandske institution, Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, beregnede imidlertid ydelsen ved at korrigere lønindtægten pr. dag i henhold til artikel 8, stk. 1, i Bijzonder Dagloonbesluit. Lønindtægten pr. dag, i Besem's tilfælde 101,60 HFL, blev ganget med brøken 38,83/43,92 og dermed nedsat til 89,64 HFL. Den af Besem i anledning af denne afgørelse anlagte sag gav anledning til, at Raad van Beroep, Amsterdam, forelagde følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er det foreneligt med ordningen for beregning af ydelser, som er foreskrevet i artikel 46, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, at størrelsen af en ydelse fra en medlemsstat — hvis kompetente institution, for at der kan opstå ret til ydelser, skal anvende forordningens artikel 45, stk. 3, og hvis lovgivning anses for at høre til den i forordningens artikel 37, stk. 1, nævnte type — bl.a. bestemmes af det omfang, hvori der i perioden mellem det tidspunkt, hvor den pågældende første gang blev forsikret i en medlemsstat, og det tidspunkt, hvor uarbejdsdygtigheden indtrådte, er tilbagelagt forsikringsperioder i henhold til medlemsstaternes lovgivninger eller i medfør af forordningen, hvilket bevirker, at kun de arbejdstagere, der har begivet sig til en anden medlemsstat, får begrænset deres rettigheder?«

Ifølge de hertil givne nærmere oplysninger drejer spørgsmålet sig om, hvorvidt artikel 8, stk. 1, i Bijzonder Dagloonbesluit er forenelig med fællesskabsretten.

6. De fællesskabsretlige aspekter

Såvel af ordlyden af Bijzonder Dagloonbesluit som af de allerede fremsatte bemærkninger om dens formål fremgår det, at bekendtgørelsen ændrer anvendelsen af WAO for de personer, som har ret til en ydelse i henhold til artikel 45, stk. 3, i forordning nr. 1408/71. Bekendtgørelsen sondrer således mellem ydelsesberettigede, som på tidspunktet for forsikringsbegivenhedens indtræden var forsikrede i henhold til WAO, og ydelsesberettigede, som alene har ret til en ydelse i henhold til forordningens artikel 45, stk. 3. Denne sondring, som i praksis som oftest vil falde sammen med sondringen mellem personer, som har bevaret deres bopæl i Nederlandene, og andre, er i øvrigt klart erkendt af den anden af Bedrijfsvereniging's befuldmægtigede i dennes svar på et spørgsmål fra den refererende dommer. Den kan også illustreres rent praktisk ved at sammenligne med det tilfælde, at Besem kun havde haft beskæftigelse i Nederlandene. I så fald ville lakunerne i forsikringsforløbet ikke have spillet nogen rolle ved fastsættelsen af lønindtægten pr. dag. Af

denne sammenligning kan det også udledes, at sondringen stiller den vandrende arbejdstager ringere i forhold til en ikke vandrende arbejdstager. Det er efter min mening ikke nødvendigt at forklare yderligere, at en sådan forskel mellem arbejdstagere, der er omfattet af forordning nr. 1408/71, og arbejdstagere, der ikke er det, er i strid med denne forordnings artikel 3 vedrørende princippet om ligebehandling. Den må endvidere anses for at være i strid med det princip, som Domstolen har udtrykt i adskillige domme om social sikring af vandrende arbejdstagere, og som ligger til grund for traktatens artikel 51, nemlig at vandrende arbejdstagere ikke må behandles ringere end ikke vandrende arbejdstagere.

Dette ændrer ikke, at man i betragtning af de tidligere gennemgåede paradoksale virkninger af anvendelsen af forordning nr. 1408/71 kunne rejse det spørgsmål, om bestemmelser som dem, der findes i Bijzonder Dagloonbesluit, ikke kunne anses for berettigede, som følge af, at de — ifølge de nævnte forklaringer fra Bedrijfsvereniging — klart har til formål at afhjælpe en skønhedsfejl i forordning nr. 1408/71. De relevante udtalelser fra Bedrijfsvereniging's repræsentanter vedrørende formålet med og rækkevidden af Bijzonder Dagloonbesluit giver imidlertid så at sige intet spillerum i denne henseende. Som tidligere bemærket forklarede de, at virkningerne af artikel 45, stk. 3, sammenholdt med artikel 46, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 på bestemmelser, der hviler på risikoprincippet, kun kunne elimineres enten ved en ændring af forordningen eller ved nationale bestemmelser om beregningen af det teoretiske beløb. Da henstillinger om ændring af forordningen ikke førte til noget resultat, blev den nævnte bekendtgørelse udstedt, hvorefter en yderligere henstilling fra nederlandsk side om ændring af forordningen ifølge Bedrijfsvereniging's repræsentant blev overflødig. Dermed er det da tillige erkendt, at resultatet blev nået ved en national ordning, der, så længe forordning nr. 1408/71 ikke er ændret, må anses for at være i strid med fællesskabsbestemmelserne. Fra Kommissionens side blev der under den mundtlige forhandling på et af mig stillet spørgsmål hertil føjet, at denne ikke vil tøve med om nødvendigt at indlede en procedure i henhold til traktatens artikel 169 mod medlemsstater, som anvender et risikoprincip, og som har bestemmelser af tilsvarende art. Under den mundtlige forhandling var det endnu ikke Kommissionen bekendt, om og i bekræftende fald hvordan andre medlemsstater, der anvender et risikoprincip, har løst dette problem. Bedrijfsvereniging's andet argument, at artikel 46, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1408/71 ikke stiller yderligere krav i forbindelse med beregningen af det teoretiske beløb, har ingen betydning i dette tilfælde. Selv om dette argument rent principielt ikke kan forkastes, når henses til denne bestemmelses ordlyd, kan det på ingen måde deraf udledes, at man ved beregningen af det teoretiske beløb skulle have ret til at overtræde forordningens artikel 3, stk. 1, om ligebehandling. Heller ikke slutningsordene i artikel 3, stk. 1, »... medmindre andet følger af særlige bestemmelser i denne forordning« kan give grundlag herfor, da der ikke findes sådanne bestemmelser for dette tilfælde, og da formålet med og systematikken i forordning nr. 1408/71, sammenholdt med traktatens artikel 51, er til hinder for en sådan fortolkning af artikel 45, stk. 3, og artikel 46, stk. 2.

7. Konklusion

Bestemmelser som de, der findes i Bijzonder Dagloonbesluit, må derfor anses for at være i strid med forordning nr. 1408/71, navnlig med forordningens artikel 3, stk. 1. Jeg vil imidlertid dertil føje, at den foreliggende sag klart illustrerer, at en ændring af forordning nr. 1408/71 med hensyn til pro rata-ydelser på grundlag af bestemmelser, der hviler på et risikoprincip, er ønskelig. Uden en sådan ændring vil selv anvendelse eller indførelse af sådanne bestemmelser, som i sig selv ud fra et socialt synspunkt må bifaldes for medlemsstater med mange vandrende arbejdstagere, måske kunne blive bragt i fare.

Jeg foreslår, at Domstolen besvarer det af Raad van Beroep, Amsterdam, stillede spørgsmål således:

»Det er uforeneligt med forordning nr. 1408/71, og navnlig med forordningens artikel 3, stk. 1, at størrelsen af en ydelse fra en medlemsstat — hvis kompetente institution, for at der kan opstå ret til ydelser, skal anvende forordningens artikel 45, stk. 3, og hvis lovgivning anses for at høre til den i forordningens artikel 37, stk. 1, nævnte type — bl.a. bestemmes af det omfang, hvori det i perioden mellem det tidspunkt, hvor den pågældende første gang blev forsikret i en medlemsstat, og det tidspunkt, hvor uarbejdsdygtigheden indtrådte, er tilbagelagt forsikringsperioder i henhold til medlemsstaternes lovgivninger eller i medfør af forordningen, hvilket bevirker, at kun de arbejdstagere, der har begivet sig til en anden medlemsstat, får begrænset deres rettigheder.