FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 1. juli 1997 *

I — Indledning

1. I denne sag er Domstolen først og fremmest blevet anmodet om at definere begrebet arbejdstager inden for fællesskabsretten, både i relation til den frie bevægelighed og til social sikring. Domstolen er ligeledes blevet anmodet om at tage stilling til, om den børnepasningsydelse, der er hjemlet ved lovgivningen i Tyskland, er en familieydelse i medfør af forordning (EØF) nr. 1408/71 eller en social fordel i medfør af forordning (EØF) nr. 1612/68. Der er også stillet spørgsmål om, hvorvidt nationale regler, der gør tilkendelsen af denne ydelse betinget af en opholdstilladelse — også når den pågældende er statsborger i en anden medlemsstat og har en anerkendt ret til at opholde sig i Tyskland — er forenelige med fællesskabsretten.

II — Faktiske omstændigheder i hovedsagen

2. María Martínez Sala, der er spansk statsborger og sagsøger i hovedsagen, har, siden hun var 12 år gammel (bortset fra perioden fra juni 1972 til august 1974), haft bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland. Fra 1976 til 1986 har hun, dog med forskellige afbrydelser, og senere fra den 12. september 1989 til den 24. oktober 1989 haft lønnet beskæftigelse i landet. Fra sidstnævnte dato har hun modtaget bistandshjælp fra byen Nürnberg og Landesratsamt Nürnberger Land.

3. Sagsøgeren fik i øvrigt indtil den 19. maj 1984 af de kompetente myndigheder meddelt en stort set ubrudt række af opholdstilladelser. Herefter fik hun kun udstedt attestation for, at hun havde ansøgt om at få forlænget sin opholdstilladelse. Den 19. april 1994 fik sagsøgeren på ny af de kompetente myndigheder udstedt en opholdstilladelse for ét år. Den blev senere forlænget med yderligere ét år.

4. Den 9. januar 1993 fødte Martínez Sala sit andet barn, Jessica, for hvilket hun samme måned ansøgte om børnepasningsydelse i medfør af den tyske lov herom (Bundeserziehungsgeldgesetz, herefter »BErzGG«). Den 21. januar 1993 afslog den kompetente myndighed i Freistaat Bayern ansøgningen med den begrundelse, at sagsøgeren ikke var tysk statsborger og heller ikke var i besiddelse af en opholdstilladelse eller andet opholdsdokument udstedt af humanitære eller politiske grunde. Den forelæggende ret

* Originalsprog: italiensk.

har herom oplyst, at sagsøgeren ikke kunne udvises fra tysk område på grund af den europæiske konvention af 11. december 1953 om social og sundhedsmæssig hjælp (artikel 1 og 7).

5. Sagsøgeren påklagede afslaget, men fik på ny afslag den 23. juni 1993 fra den indstævnte forvaltningsmyndighed. Martínez Sala anlagde herefter sag ved Sozialgericht Nürnberg til prøvelse af dette afslag. Hun fik ikke medhold, stadig under henvisning til, at hun ikke havde det fornødne opholdsdokument. Dette resultat kunne efter rettens opfattelse ikke blive anderledes i kraft af de fællesskabsregler, der fandt anvendelse i sagen. Martínez Sala ankede derfor dommen til Bayerisches Landessozialgericht.

6. Denne ret har i betragtning af de fællesskabsretlige spørgsmål, sagen rejser, fundet anledning til at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skulle en spansk statsborger med bopæl i Tyskland, der indtil 1986 med enkelte afbrydelser havde haft lønnet beskæftigelse, og som herefter — med undtagelse af en kort ansættelsesperiode i 1989 — modtog bistandshjælp i henhold til Bundessozialhilfegesetz (BSHG), i 1993 fortsat anses for arbejdstager i den i artikel 7, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 1612/68 forudsatte betydning eller for arbejdstager som forudsat i artikel 2, sammenholdt med artikel 1, i forordning (EØF) nr. 1408/71?

2) Skal børnepasningsydelsen i henhold til Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BErzGG) anses for en familieydelse som forudsat i artikel 4, stk. 1, litra h), i forordning (EØF) nr. 1408/71, som spanske statsborgere, der har bopæl i Tyskland, i medfør af artikel 3, stk. 1, i forordning (EØF) nr. 1408/71 har krav på i samme omfang som indenlandske statsborgere?

3) Skal børnepasningsydelsen i henhold til BErzGG anses for en social fordel i den i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1612/68 forudsatte betydning?

4) Er det foreneligt med Den Europæiske Unions retsorden, at BErzGG som betingelse for tilkendelse af børnepasningsydelse til statsborgere i en medlemsstat kræver, at den pågældende er i besiddelse af en formel opholdstilladelse, selv om vedkommende opholder sig lovligt i Tyskland?«

III — De relevante fællesskabsbestemmelser

7. I henhold til artikel 1, litra a), nr. i), i Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971, som affattet ved Rådets forordning nr. 2001/83 af 2. juni 1983 [1], betyder udtrykket »arbejdstager« i forordningen

»enhver person, der er forsikret i henhold til en tvungen forsikring eller en frivillig fortsat forsikring mod en eller flere af de risici, der svarer til de sikringsgrene, som indgår i en social sikringsordning for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende«.

I medfør af artikel 1, litra u), nr. i), i samme forordning betyder udtrykket »familieydelser«

»alle natural- eller kontantydelser, der tager sigte på udligning af forsørgerbyrder inden for rammerne af en lovgivning som omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra h), dog med undtagelse af de i bilag II nævnte særlige ydelser i anledning af fødsel«.

I henhold til forordningens artikel 2 finder forordningen anvendelse på

»arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, som er eller har været omfattet af lovgivningen i en eller flere medlemsstater ...«

I artikel 3, stk. 1, hedder det:

»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.«

8. I artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning nr. 1612/68 af 15. oktober 1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet [2] bestemmes det, at en arbejdstager, der er bosat i en medlemsstat, på andre medlemsstaters område nyder samme sociale og skattemæssige fordele som indenlandske arbejdstagere.

1 — EFT L 230, s. 6.

2 — EFT 1968 II, s. 467.

IV — De relevante tyske bestemmelser

9. Børnepasningsydelsen er en ikke-bidragsbaseret ydelse, der indgår i en pakke af familiepolitiske foranstaltninger, og som tildeles i henhold til Bundeserziehungsgeldgesetz af 6. december 1985 (lov om børnepasningsydelse og orlov til børnepasning, BGBl. I, s. 2154, herefter »BErzGG«).

I § 1, stk. 1, i BErzGG, som affattet i versionen af 25. juli 1989 (BGBl. I, s. 1550), som ændret ved lov af 17. december 1990 (BGBl. I, s. 2823), er det bestemt, at enhver, der 1) har bopæl eller sædvanligt ophold inden for lovens territoriale anvendelsesområde, 2) hvis husstand omfatter et barn, der skal forsørges, 3) som drager omsorg for barnet og dets opdragelse, og 4) som ikke har fuldtidsbeskæftigelse, er berettiget til børnepasningsydelse.

I § 1, stk. 1a, hedder det:

»En udlænding skal for at have ret til ydelsen være i besiddelse af en opholdstilladelse ['Aufenhaltsberechtigung' eller 'Aufenhaltserlaubnis']«.

Ifølge Bundessozialgericht's faste praksis kan betingelsen om »besiddelse« af en opholdstilladelse eller et opholdsdokument udstedt af sundhedsmæssige eller politiske grunde kun anses for opfyldt af personer, der er i besiddelse af en af udlændingemyndighederne udfærdiget formel attestation for opholdsret allerede fra ydelsesperiodens begyndelse. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt til opfyldelse af ovennævnte betingelse, at der foreligger en attestation af, at der er indgivet en ansøgning om opholdstilladelse, og ansøgeren således »lovligt« opholder sig i landet.

V — Tvistens genstand

10. Med det første spørgsmål anmoder den forelæggende ret Domstolen om at tage stilling til, om Martínez Sala i den omtvistede periode har haft status som »arbejdstager« i henhold til fællesskabsretten. Nærmere bestemt ønsker retten oplyst, om bestemmelserne i forordning nr. 1612/68 eller forordning nr. 1408/71 finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, idet sagsøgeren tidligere, om end med visse afbrydelser, har haft lønnet beskæftigelse og senere modtaget ydelser i medfør af den nationale lovgivning om bistandshjælp (Bundessozialhilfegesetz).

11. Jeg vil først se nærmere på begrebet arbejdstager i henhold til fællesskabsretten med henblik på en eventuel anvendelse i den foreliggende sag af bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed, særlig

traktatens artikel 48 og gennemførelsesbestemmelserne til denne artikel i forordning nr. 1612/68. Dette udtryk er defineret i retspraksis. Ifølge Domstolen skal der være tale om en person, der »i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger« [3].

Af bestemmelserne i traktaten og den afledte ret følger således, at status som »arbejdstager« i fællesskabsretten ikke opfattes som noget vedvarende for den enkelte. Principielt mister han denne status, når betingelserne for at erhverve den ikke længere er opfyldt. Efter fællesskabsretten gælder der kun noget andet under særlige omstændigheder og kun med visse retsvirkninger. Domstolen har faktisk skullet tage stilling til adskillige, også repræsentative, sager af denne art [4]. I den foreliggende sag synes den tidligere, men ikke for nylig, af sagsøgeren udøvede beskæftigelse og den situation, hvori hun befandt sig i den periode, for hvilken hun har ansøgt om den omtvistede ydelse, dog ikke at have nogen aktuel tilknytning til eller i øvrigt at være relevant for sagen. Forelæggelseskendelsen indeholder desuden ingen oplysninger eller konstateringer, der giver holdepunkter for at tillægge Martínez Sala status som arbejdstager i Fællesskabet i medfør af forordning nr. 1612/68. Navnlig taler den omstændighed, at sagsøgeren tidligere har oppebåret bistandshjælp, ikke for et sådant resultat. Det tilkommer naturligvis den forelæggende ret at fastslå, om *andre* faktiske forhold i det foreliggende tilfælde kan føre til den modsatte konklusion. Denne vurdering skal i alle tilfælde foretages på grundlag af de kriterier, der er opstillet i Domstolens praksis [5]. Jeg vil blot nævne et enkelt af dem. Det skal fastslås, om der fortsat består en *faktisk sammenhæng* mellem den pågældende arbejdstagers tidligere beskæftigelse og senere situation. Det er i alle tilfælde klart, hvor *nyttigt* det vil være, dersom den forelæggende ret kunne anse sagsøgeren for arbejdstager i medfør af forordning nr. 1612/68. Hun ville herved få ret til at påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i relation til de betingelser, der er fastsat for at oppebære børnepasningsydelsen. Jeg skal senere (i punkt 22) ud fra et andet synspunkt i sagen nærmere redegøre for, om disse betingelser i den nationale lovgivning er udtryk for en uberettiget forskelsbehandling.

12. Lignende problemer opstår for så vidt angår muligheden for at tillægge sagsøgeren status som arbejdstager på grundlag af den anden fællesskabsforordning, der er nævnt i forelæggelseskendelsen, nemlig forordning nr. 1408/71. Kendelsen indeholder på det punkt få relevante oplysninger. Den forelæggende ret nævner ikke, om Martínez Sala faktisk er forsikret efter en social sikringsordning. Ej heller oplyses det, om sagsøgeren kan påberåbe sig noget bånd til sin egen familie, der også har bopæl i Tyskland, i kraft af hvilket hun som familiemedlem og en person, over for hvem en forsikret arbejds-

3 — Dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 17 (O.a.: Ikke 16 som angivet i originalteksten).

4 — Ovennævnte dom i sagen Lawrie-Blum og dom af 31.5.1989, sag 344/87, Bettray, Sml. s. 1621.

5 — Dom af 21.6.1988, sag 39/86, Lair, Sml. s. 3161, og ovennævnte domme i sagerne Bettray og Lawrie-Blum.

tager har forsørgerpligt, kunne falde ind under den her omhandlede forordnings anvendelsesområde. Når dette er sagt, står det fast, at sagsøgeren ikke har udøvet erhvervsmæssig beskæftigelse i den pågældende periode, men har modtaget bistandshjælp. Kommissionen vil ikke afvise, at denne omstændighed i medfør af tysk lovgivning har medført, at sagsøgeren og hendes døtre har været sygeforsikret. Dette forhold har betydning for sagens afgørelse og bør følgelig tages i betragtning. Dersom sagsøgeren var forsikret i Tyskland, eventuelt blot mod en enkelt risiko — nærmere angivet risikoen sygdom — ville hun have status som arbejdstager i medfør af ovennævnte forordning [artikel 1, litra a), nr. i)].

Det tilkommer også her den forelæggende ret at fastslå, om den nationale lovgivning foreskriver en sådan forsikring som følge af oppebørsel af bistandshjælp. Dette kan være tilfældet i tysk ret og må i hvert fald undersøges nærmere, selv om man tager hensyn til den for nylig af Domstolen afsagte dom i sagen Stöber og Piosa Pereira [6]. Begrænsningen i afsnit I, afdeling C (»Tyskland«) i bilag I til forordning nr. 1408/71, som Domstolen behandlede i den sag, vedrører nemlig de undtagelser, fællesskabslovgiver har fastsat vedrørende de familieydelser, arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende i Tyskland har krav på. Domstolen fandt disse begrænsninger fuldt ud lovlige. Domstolen udtalte, at forordning nr. 1408/71 blot indeholder en samordning af de nationale sociale sikringsordninger, men ikke berører den kompetence, lovgiver i hver medlemsstat har til at fastsætte de betingelser, der skal opfyldes af de pågældende, for at de har ret til bistandshjælp. Inden for det område, der er forbeholdt den tyske lovgiver, er der herefter kun ét forhold, der er af interesse i denne forbindelse, og som vedrører Martínez Sala's situation, nemlig om den sociale bistand, hun er berettiget til, i sig selv, stadig efter national ret, medfører, at hun er forsikret mod risikoen sygdom. Der er i så fald tale om en behandling, der kan siges at være *sidestillet* med den, der gælder for en arbejdstager, der er arbejdsløs og som sådan modtager ydelser fra den kompetente sikringsinstitution. Ud fra et fællesskabsretligt synspunkt, der her fornuftigvis bygger på de sociale formål og hensyn inden for den sociale sikring, er en arbejdsløs ligestillet med den, der ikke er i stand til at opfylde sine væsentligste behov, herunder sine behov på sundhedsområdet. En arbejdstager er forsikret mod risikoen sygdom. Enhver, der automatisk ifølge national lov er forsikret mod denne risiko, fordi han af en eller anden grund har et stærkt behov herfor, betragtes ligeledes som arbejdstager, selv om han ikke er i arbejde. Logikken i ordningen er følgende: Som arbejdstager betragtes den, der er beskyttet på samme måde som en arbejdstager ville være det i henhold til den gældende sociale sikringsordning. Under forudsætning af, at en person i henhold til tysk lovgivning principielt er forsikret, finder undtagelsen i bilag I således ikke anvendelse i forhold til Martínez Sala. Hun måtte betragtes som arbejdstager ifølge fællesskabsretten på grundlag af artikel 2 i forordning nr. 1408/71, sammenholdt med artikel 1, litra a), nr. i). Den fordel, som ville følge heraf for hende, er den samme som den, der er omhandlet ovenfor ifølge den anden forordning. Status som arbejdstager medfører ret til at påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og følgelig ret til børnepasningsydelsen, uden at den pågældende skal være i besiddelse af det foreskrevne opholdsdokument. Som tidligere nævnt vil jeg nedenfor i punkt 22 redegøre

6 — Dom af 30.1.1997, forenede sager C-4/95 og C-5/95, Stöber og Piosa Pereira, Sml. I, s. 511.

for, om forbuddet mod forskelsbehandling kan finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

13. Med det andet og tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om børnepasningsydelsen skal betragtes som en familieydelse i medfør af forordning nr. 1408/71 eller som en social fordel i medfør af forordning nr. 1612/68.

Domstolen har efter denne præjudicielle forelæggelse allerede i dommen i sagen Hoever og Zachow [7] besvaret den forelæggende rets andet spørgsmål bekræftende og i denne henseende fastslået, at den omtvistede børnepasningsydelse er en familieydelse i medfør af forordning nr. 1408/71. For så vidt angår det tredje spørgsmål finder jeg det ret usandsynligt, at Martínez Sala kan anses for arbejdstager i medfør af forordning nr. 1612/68. Dersom den forelæggende ret måtte nå frem til en anden konklusion, er jeg dog — idet jeg tilslutter mig generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i ovennævnte sag Hoever og Zachow [8] og de bemærkninger, Kommissionen fremsatte under den sags behandling — af den opfattelse, at den her omhandlede ydelse ligeledes er en social fordel i medfør af forordning nr. 1612/68. Begrebet social fordel er, således som det fortolkes i Domstolens praksis, et vidt begreb og kan følgelig uden videre omfatte ydelser som den omtvistede, uanset om børnepasningsydelsen også er en familieydelse i medfør af forordning nr. 1408/71.

14. Dersom det måtte vise sig, at den pågældende ikke er arbejdstager, hverken efter den ene eller den anden af de to ovennævnte forordninger, må det undersøges, hvorledes det fjerde af de forelagte spørgsmål skal besvares. Problemet vedrører i den forelagte form udtrykkeligt og umiddelbart den bestemmelse i tysk lovgivning, hvorefter tilkendelse af børnepasningsydelsen til statsborgere fra andre medlemsstater er betinget af, at de er i besiddelse af en *tilladelse*, nemlig en særlig opholdstilladelse, som også den, *der i øvrigt lovligt* bor i Tyskland, skal være i besiddelse af. Denne bestemmelse fraviger den almindelige regel i samme lov, hvorefter den pågældende ydelse kan tilkendes *enhver*, der har bopæl eller har sædvanligt ophold i Forbundsrepublikken (og desuden opfylder andre betingelser, som Domstolen ikke skal udtale sig om i nærværende sag, nemlig at vedkommende har forsørgerpligt over for et barn og ikke har erhvervsmæssig beskæftigelse). De tyske regler er således udtryk for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet mellem de mulige modtagere af den pågældende ydelse. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om der er tale om en ordning, der er forenelig med fællesskabsretten. Den prøvelse, der ønskes foretaget af Domstolen, kan følgelig kun ske på grundlag af traktatens forbud mod forskelsbehandling. Såfremt det antages, at sagsøgeren ikke er arbejdstager, opstår det spørgsmål, vi her beskæftiger os med, *subsidiært,* idet det ønskes

7 — Dom af 10.10.1996, forenede sager C-245/94 og C-312/94, Hoever og Zachow, Sml. I, s. 4895.

8 — Forslag til afgørelse fremsat den 2.5.1996, Sml. I, s. 4898, punkt 87-90.

oplyst, hvilke *andre* muligheder fællesskabsretten hjemler for at forhindre, at en borger i Fællesskabet, der er bosat i Tyskland, under de i sagen omhandlede omstændigheder forskelsbehandles i forhold til tyske statsborgere.

15. Kommissionen har som grundlag for Domstolens afgørelse af sagen henvist til artikel 8 A, der blev indsat i traktaten ved Maastricht-aftalerne, og som lyder således: »Enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i denne traktat og i gennemførelsesbestemmelserne hertil«. I stk. 2 tilføjes det, at Rådet efter de i denne bestemmelse fastsatte procedureregler kan vedtage bestemmelser, der skal gøre det lettere at udøve de rettigheder, der er nævnt i stk. 1. Efter Kommissionens opfattelse følger retten til frit at færdes og tage ophold overalt på Unionens område *umiddelbart* af traktaten. De begrænsninger og betingelser, der er anført i artikel 8 A, vedrører følgelig blot *udøvelsen* af denne ret, der ved traktaten er tillagt borgerne som en frihedsret. Hvilken følge har dette synspunkt for afgørelsen af den foreliggende sag? Martínez Sala har ved at flytte til og tage bopæl i Tyskland benyttet en frihed, der er tillagt hende ved traktaten. Hvis og så længe værtsmedlemsstaten ikke benytter sig af sin ret til i forhold til hende at fastsætte de begrænsninger, der ifølge artikel 8 A kun kan foretages med hensyn til den konkrete benyttelse af denne ret, kan hun fuldstændig frit tage ophold med den følge, som her er relevant, nemlig retten til at oppebære børnepasningsydelsen efter de samme regler, som gælder for tyske statsborgere. Den tyske regering har over for Kommissionen indvendt, at retten til fri bevægelighed og til frit at tage ophold udtrykkeligt efter artikel 8 alene er anerkendt *med de begrænsninger*, der er fastsat i traktaten og den afledte ret. Ifølge værtsmedlemsstaten henhører Martínez Sala's tilfælde under bestemmelserne i direktiv 90/364/EØF (EFT L 180, s. 6). Hun opfylder ikke de heri fastsatte betingelser (fuldstændig sygeforsikring og tilstrækkelige midler til ikke at ligge værtsmedlemsstatens sociale system til byrde), og hun kan følgelig ikke påberåbe sig en opholdsret i medfør af fællesskabsretten. Hendes fortsatte ophold i Tyskland er ifølge den forelæggende ret alene baseret på internretlige regler, der er fastsat til gennemførelse af en international aftale, der forbyder Tyskland at udvise hende. Retsstillingen for en i Tyskland bosat statsborger i en anden medlemsstat er ifølge den tyske regering i det foreliggende tilfælde ikke reguleret i fællesskabsretten og kan følgelig ikke underbygge den påstand, at kravet om opholdstilladelse må antages at være i strid med et princip, der er fastsat i traktaten, således som det er tilfældet med forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Det Forenede Kongeriges regering og den franske regering har under retsmødet tilsluttet sig de argumenter, Tyskland har fremført vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 8 A. Denne bestemmelse er alene en gentagelse af den ret til frit at færdes og til frit at tage ophold, der er anerkendt for forskellige, bestemte kategorier af borgere, og den samler disse regler i én primær regel — som brikker i et puslespil, har den franske regering bemærket — uden dog at ændre de begrænsninger, som disse rettigheder konkret måtte være undergivet i traktaten eller den afledte ret. Artikel 8 A giver følgelig ikke den frie bevægelighed noget nyt eller videre indhold end de tidligere gældende regler.

16. Kernen i det spørgsmål, der blev drøftet under den mundtlige forhandling, er således, om og hvorledes situationen for en statsborger i en anden medlemsstat, der er bosat i Tyskland, under de i sagen omhandlede forhold falder ind under bestemmelserne i fællesskabsretten. Ifølge Kommissionen henhører det pågældende tilfælde under traktatens artikel 8 A. Den tyske regering er af den modsatte opfattelse. Det må dog ikke glemmes, at Domstolen ikke skal fastslå, om sagsøgeren i hovedsagen må opholde sig i Tyskland i medfør af fællesskabsretten, men nærmere bestemt, om hun, *når hun er bosat* i landet, kan få tilkendt den ansøgte ydelse på samme betingelser som tyske statsborgere. Jeg mener følgelig, at sagen bør vurderes på baggrund af artikel 8 A under hensyn til de særlige omstændigheder, der vedrører det svar, som skal gives på sidstnævnte spørgsmål.

17. De faktiske omstændigheder i sagen er beskrevet ovenfor. Vi ved ikke, hvorfor værtsmedlemsstaten nu har nægtet sagsøgeren den opholdstilladelse, som kræves ifølge national lovgivning for at få tilkendt børnepasningsydelsen. Denne tilladelse havde før været meddelt for visse perioder under hendes langvarige ophold i Tyskland. Vi ved heller ikke, om dette særlige opholdsdokument — det eneste, der reelt er relevant i sagen — kan udstedes og faktisk udstedes til statsborgere i Fællesskabet, der i henhold til loven om denne ydelse henhører under kategorien udlændinge, selv om betingelserne i direktiv 90/364 for udstedelse af den såkaldte »opholdstilladelse« og den heraf følgende opholdsret ikke er opfyldt. Den forelæggende ret oplyser, at der er tale om en borger i Fællesskabet, der lovligt opholder sig i Tyskland. Men dette, har den tyske regering tilføjet, har alene hjemmel i interne retsregler. Den pågældende opfylder ikke betingelserne ifølge direktivet for opnåelse af opholdsretten.

18. Når dette er sagt, må retsstillingen for den i Tyskland bosatte fællesskabsborger fastlægges nærmere. I denne henseende kræves der efter min opfattelse en indledende bemærkning. Efter ikrafttrædelsen af traktatens artikel 8 A kan man ikke længere anse opholdsretten for tilvejebragt ved direktivet. Den er så at sige »bevilget« af medlemsstaterne til de berørte borgere i de øvrige medlemsstater i overensstemmelse med deri indeholdte bestemmelser. Dette sæt regler var blevet vedtaget af Rådet med henblik på de tilfælde, hvor borgerne ikke havde opholdsret i medfør af andre bestemmelser i fællesskabsretten. Nu har vi imidlertid traktatens artikel 8 A. Retten til at færdes og opholde sig frit er almindeligt hjemlet ved en primær retsregel, og om denne ret består eller ophører, afhænger ikke af, om den begrænses ved andre fællesskabsbestemmelser, ej heller forskrifter i den afledte ret. De begrænsninger, der er omhandlet i artikel 8 A, vedrører den konkrete udøvelse af denne ret, ikke spørgsmålet om dens eksistens. Direktiv 90/364 indeholder fortsat de nærmere betingelser for at nyde den frihedsret, som er fastslået ved traktaten. Dette argument er gjort gældende af Kommissionen på det efter min opfattelse uomtvistelige grundlag for ordningen om den frie bevægelighed, der allerede var fastsat ved traktaten. Tillad mig at erindre om den sammenhæng, hvori artikel 8 A indgår i Maastricht-aftalerne. Det nye i denne bestemmelse er ret beset ikke, at der nu direkte er hjemmel i traktaten for den frie bevægelighed for personer. Denne frihedsret

var tillige med reglerne om den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser og kapital hjemlet ved en anden primær retskilde, nemlig fællesakten, konkret i den bestemmelse, hvori det indre marked fastlægges som et område uden grænser. Ved artikel 8 A er den frihedsret, der nu er udformet som en ret til ikke blot at færdes, men til at *opholde sig* i enhver medlemsstat, således blevet skilt ud fra de andre frihedsrettigheder og er nu en primær ret i den forstand, at den er den første af de rettigheder, der er tilknyttet unionsborgerskabet. Opholdsretten er udformet og reguleret ved traktaten. Den er ikke blot en afledt ret, men en ret, som *er uløseligt forbundet med* unionsborgerskabet på samme måde som de øvrige rettigheder, der udtrykkeligt er udformet som nødvendige følger af denne *status* (jf. artikel 8 B, C og D), som er ny og fælles for alle borgere i medlemsstaterne uden undtagelse. Unionsborgerskabet tillægges i kraft af den primære retsregel direkte den enkelte, der nu udtrykkeligt anerkendes som et retssubjekt, der erhverver og fortaber denne ret sammen med statsborgerskabet i den stat, hvor han er hjemmehørende, og ikke på nogen anden måde. Dette er så at sige den *grundlæggende* retsstilling, der er tilsikret borgerne i enhver medlemsstat ved Fællesskabets og i dag Unionens retsorden. Dette fremgår af den utvetydige formulering af de to stykker i traktatens artikel 8.

19. Lad mig herefter se nærmere på, hvorledes de her udviklede betragtninger kan være til hjælp ved løsningen af problemet i denne sag. Direktiv 90/364 tillægger personer, der ikke længere har erhvervsmæssig beskæftigelse, opholdsret, dog således, at de berettigede ikke må blive til urimelig byrde for det offentlige i værtsmedlemsstaten. Medlemsstaterne kan kun fravige bestemmelserne i direktivet, når begrænsningen af opholdsretten er begrundet i hensynet til den offentlige orden og sikkerhed eller folkesundheden (i så fald finder direktiv 64/221/EØF anvendelse) [9]. Ganske vist må den enkelte medlemsstat ikke udvide eller indskrænke de begrænsninger, der gælder for den europæiske borgers udøvelse af denne ret, men kan frit *udvide* det område, inden for hvilket den enkelte har opholdsret. Dette gælder så meget mere nu, hvor den enkelte har status som unionsborger i Fællesskabet og har den opholdsret, der er knyttet hertil ifølge traktaten. I øvrigt kan Rådet i henhold til artikel 8 A, stk. 2, vedtage bestemmelser, der skal gøre det *lettere* at udøve den frie ret til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område. Tilsvarende regler kan ensidigt fastsættes af den enkelte medlemsstat, dersom den beslutter sig hertil, men naturligvis kun på dens eget område. Det er efter de oplysninger, vi har fra den forelæggende ret og den tyske regering, netop dette, der er tilfældet i den foreliggende sag. Martínez Sala er *berettiget* til at opholde sig i Tyskland, også i videre omfang end i henhold til direktivet. Dette betyder imidlertid ikke som hævdet af værtsmedlemsstaten, at den subjektive retsstilling, der påberåbes af sagsøgeren til støtte for kravet om ligebehandling med tyske statsborgere, henhører under intern ret og allerede af den grund ikke har hjemmel i fællesskabsretten. Den subjektive retsstilling, der er af betydning for denne sag, må siges at være den, der *ligger til grund* for den ret til at tage ophold, som den pågældende er berettiget til at udøve i Tyskland. Det er som nævnt ovenfor netop den grundlæggende retsstilling som unionsborger, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om den i Tyskland bosatte fællesskabsborger i

9 — Rådets direktiv af 25.2.1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, der gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige sikkerhed og sundhed (EFT 1963-1964, s. 109).

det foreliggende tilfælde kan påberåbe sig en ret til ligebehandling med tyske statsborgere. Efter min opfattelse kan denne ret tillægges hende af de grunde, som jeg vil redegøre for i det følgende.

20. Forbuddet mod enhver form for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er knæsat i traktaten og er ifølge Domstolen et generelt princip, et princip, der potentielt omfatter hele traktatens anvendelsesområde, dog med visse »forbehold«, også i kraft af særlige bestemmelser, der er fastsat med henblik på anvendelsen inden for forskellige områder af retsordenen, som f.eks. vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed og retten til fri udveksling af tjenesteydelser eller etableringsretten. Det kan imidlertid ikke nægtes, at unionsborgerskabet har indflydelse på traktatens anvendelsesområde i to henseender. For det første tillægges der den enkelte en ny *status, en yderligere individuel ret,* ud over dem, som allerede er fastsat, fordi den i forhold til den enkelte kan bevirke, at nationaliteten bliver uden betydning, eller rettere, ikke må give anledning til forskelsbehandling. For det andet medfører unionsborgerens subjektive retsstilling ifølge traktatens artikel 8 A en ret til at færdes og opholde sig i samtlige medlemsstater. Dersom vi fulgte det synspunkt, der er gjort gældende af de regeringer, der var repræsenteret under retsmødet, ville sidstnævnte bestemmelse trods sin ordlyd ikke tillægge unionsborgeren nogen ny ret til fri bevægelighed eller opholdsret. I det foreliggende tilfælde er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til, om dette synspunkt er holdbart. Dersom det *under alle omstændigheder* er tilladt en borger — og dette gælder i den foreliggende sag — at være bosat i en anden medlemsstat end oprindelsesmedlemsstaten, har vedkommende krav på ikke at blive forskelsbehandlet i forhold til værtsmedlemsstatens borgere, så længe han er bosat dér. Dette følger — selv om den pågældende ikke måtte være omfattet af direktivet om opholdsret — umiddelbart og som en selvstændig ret af den primære regel i artikel 8, der har betydning for anvendelsen af traktaten med hensyn til at tillægge ham *status* som unionsborger. Denne individuelle retsstilling har borgere i enhver medlemsstat *altid og under alle omstændigheder*, og det er følgelig uden betydning, om det i det foreliggende tilfælde er direktivet eller værtsmedlemsstatens lovgivning, der tillader borgeren at være bosat i denne stat [10].

21. Status som unionsborger er således en status, der på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin uden videre følger af traktaten. Det tilkommer naturligvis Domstolen som fortolker af traktaten og garant for dens korrekte gennemførelse i det konkrete tilfælde at afgøre, hvorledes retsstillingen som unionsborger kan påberåbes af den, der klager over forskelsbehandling i forhold til

10 — Fællesskabsretten anerkender ifølge Domstolens fortolkning betydningen — f.eks. på det sociale sikringsområde — af internationale aftaler, der tillægger statsborgere i en bestemt medlemsstat videregående rettigheder end dem, som følger af fællesskabsbestemmelserne, f.eks. af forordning nr. 1408/71. Den pågældende kan ikke nægtes de rettigheder, der er hjemlet ved mere gunstige bestemmelser i sådanne internationale aftaler (dom af 7.2.1991, sag C-227/89, Rönfeld, Sml. I, s. 323, og af 9.11.1995, sag C-475/93, Thévenon, Sml. I, s. 3813). Det samme gælder i det foreliggende tilfælde den europæiske konvention om social og sundhedsmæssig hjælp, der blev undertegnet i Paris den 11.12.1953, og som Tyskland er deltager i. Retten til ikke at blive hjemsendt indebærer, således som den er udformet i konventionen, nødvendigvis en opholdsret i værtsmedlemsstaten, og dette skaber således et retsgrundlag, der *selv med henblik på fællesskabsretlige forhold* tillader sagsøgeren at opholde sig i Tyskland.

statsborgere fra andre medlemsstater. Unionsborgerskabet hører under traktatens anvendelsesområde og det almindelige forbud mod enhver form for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, *men* kun, hvor den *ikke* uberettiget får forrang for retsstillingen som national statsborger. Et krav fra en i en stat bosiddende borger fra en anden medlemsstat i forhold til værtsmedlemsstatens borgere er derfor uberettiget, dersom det vedrører rettigheder, som disse borgere har, netop fordi de er statsborgere i den pågældende stat. Dette er utvivlsomt en almindelig begrænsning og følger af de regler, der ligger til grund for fastlæggelsen af traktatens anvendelsesområde. De særlige bestemmelser om forbuddet mod forskelsbehandling, der er fastsat i traktaten med hensyn til stemme- og opstillingsretten for de borgere i Unionen til valgene til Europa-Parlamentet og kommunalvalg, er udtrykkelige undtagelser fra regler, der klart henhører under den interne retsorden og formentlig forfatningen i den enkelte medlemsstat.

22. Lad os herefter se nærmere på foreliggende sag. Sagsøgeren i hovedsagen er bosat i Tyskland og har status som unionsborger. Ifølge tysk lovgivning er børnepasningsydelsen bestemt for den, der bosætter sig fast i landet. Dette er lovens almindelige regel. Diskriminerende er den anden regel, der fraviger den almindelige regel, og hvorefter der kun for en i Tyskland bosat statsborger fra en anden medlemsstat stilles *yderligere* krav om opholdstilladelse. Dette er en ulovlig forskelsbehandling, idet en borger i Fællesskabet, der, uanset på hvilket grundlag han er bosat i Tyskland, underkastes mere byrdefulde betingelser end dem, der er fastsat for tyske statsborgere, uden at der foreligger rationelle og objektive begrundelser for det således fastsatte diskriminerende kriterium i intern ret. De mindre restriktive betingelser, der kræves opfyldt af tyske statsborgere med henblik på at få tilkendt den pågældende ydelse, kan nemlig objektivt udstrækkes til også at omfatte statsborgere i Fællesskabet og vil i alle tilfælde beskytte denne medlemsstat mod eventuelle misbrug. I øvrigt har Domstolen allerede i dommen i Royer-sagen [11] vedrørende en opholdstilladelse fastslået: »Denne tilladelses udstedelse skal således ikke betragtes som en retsakt, der skaber rettigheder, men som en retsakt, der fra en medlemsstats side er bestemt til at fastslå den individuelle stilling for en borger i en anden medlemsstat i forhold til fællesskabsrettens bestemmelser.« Der er tale om en retsakt, der attesterer en retsstilling, der, som Kommissionen med rette har fremhævet, alene er deklaratorisk og ikke konstitutiv. Retten til ydelsen opstår således på grund af selve den omstændighed, at medlemsstaten tillader eller affinder sig med, at borgeren i Fællesskabet bosætter sig eller opholder sig på dens område, og ikke på grund af, at den har udstedt den opholdstilladelse, der ifølge tysk ret kræves for at få tilkendt ydelserne, og det er ikke berettiget, at denne ret, således som denne er udformet i tysk lovgivning, i det foreliggende tilfælde gøres betinget og følgelig begrænses på en måde, der ikke gælder for værtsmedlemsstatens egne borgere. Konklusionen er klar: Værtsmedlemsstaten må ikke behandle sine egne unionsborgere anderledes end unionsborgere fra andre medlemsstater, som den tillader at tage bopæl på sit eget område.

23. Det resultat, jeg når frem til, er i det væsentlige det samme som det, som er fore-

11 — Dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 31-33.

slået af Kommissionen, men ud fra et andet synspunkt. Det, som i det foreliggende tilfælde begrunder en anvendelse af det almindelige forbud mod forskelsbehandling, er ikke det argument, der er fremført af Kommissionen, og hvorefter sagsøgeren har en opholdsret, der følger af traktaten, og som består fuldt ud, indtil værtsmedlemsstaten benytter sin mulighed for at begrænse udøvelsen af denne ret i overensstemmelse med direktivet. Begrundelsen for kravet om ligebehandling er som tidligere nævnt snarere unionsborgerens retsstilling, med den garanti, der ligger i denne status, således som den nu er reguleret ved traktatens artikel 8, og som følger borgeren *i enhver* og *fra enhver* medlemsstat. I henhold til den union, der er omhandlet i Maastricht-traktaten, kræves det med andre ord, at man under forbuddet mod forskelsbehandling medtager området det nye unionsborgerskab. Den foreliggende sag er derfor en *test case* for en række problemer, der i fremtiden kan blive forelagt for Domstolen. Jeg skal dog bemærke, at den løsning, jeg foreslår, vil give en sammenhængende udvikling i den retspraksis, som med hensyn til forbuddet mod forskelsbehandling allerede er nået meget langt. I Cowan-sagen [12] blev det således anerkendt som en logisk følge af den ret til fri bevægelighed, som er sikret fysiske personer, at en person, der befinder sig i en anden medlemsstat som modtager (men ikke yder) af tjenesteydelser, har krav på ikke at blive forskelsbehandlet i forhold til statsborgere, der har bopæl i denne medlemsstat, for så vidt angår beskyttelsen mod risikoen for voldsforbrydelser og den ret til erstatning, der er hjemlet i national ret i dette tilfælde. Domstolen fandt de franske regler diskriminerende, idet der kun kunne ydes erstatning til personer, der var indehavere af en opholdstilladelse på fransk territorium. Dommen tager derfor forbuddet mod forskelsbehandling under sine beskyttende vinger, også for så vidt angår turister eller andre modtagere af tjenesteydelser, og det synes at være uden betydning, hvor længe de har opholdt sig på værtsmedlemsstatens område. Den foreliggende sag kan betragtes på baggrund af den sag, jeg lige har nævnt. I den foreliggende sag vedrører forskelsbehandlingen det krav om opholdstilladelse, som ikke gælder for landets egne borgere, men derimod for en borger fra Fællesskabet, der (i øvrigt i lang tid) har været bosat i Tyskland, således at hun i denne stat i forskellige henseender nødvendigvis har været modtager af tjenesteydelser, således som dette begreb er kvalificeret i retspraksis. I Cowan-sagen var der tale om erstatning for vold på en person, der uden forskel kunne tilkendes enhver, uanset om den pågældende var bosat i en medlemsstat. I den foreliggende sag er ydelsen ganske vist af en anden beskaffenhed, men forskellen med hensyn til de krav, der er fastsat for landets egne statsborgere, og i landet bosatte fællesskabsborgere, der gør krav på ydelsen, er ikke desto mindre en forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til fællesskabsretten. Afgørelsen og begrundelsen for Cowan-sagen finder således netop også anvendelse i den foreliggende sag. Jeg spørger dog mig selv, om Domstolen — når det først er fastslået, at den, der er berettiget til den *abstrakte kategori* af tjenesteydelser, der *uden forskel* kan tilkendes i en hvilken som helst værtsmedlemsstat, ikke skal tåle forskelsbehandling — for at være konsekvent ikke bør tage endnu det skridt fremad, som løsningen af det foreliggende problem efter min opfattelse tilsiger, nemlig at fastslå, at en sådan potentiel modtager af alle tjenesteydelser nu *tillige* med henvisning til sin status som unionsborger kan påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling overalt, hvor dette forbud ifølge retspraksis gælder.

12 — Dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195.

VI — Forslag til afgørelse

På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bayerische Landessozialgericht, på følgende måde:

»1) En spansk statsborger, der er bosat i Tyskland, og som befinder sig i en situation som sagsøgeren i hovedsagen, kan betragtes som arbejdstager i medfør af Rådets forordning (EØF) nr. 1612/68, når der er en direkte sammenhæng mellem den lønnede beskæftigelse, vedkommende tidligere har udøvet, og den situation, hvori sagsøgeren befandt sig i den omtvistede periode. Sagsøgeren kan også betragtes som arbejdstager i medfør af forordning (EØF) nr. 1408/71, når den sociale bistand, der ydes hende af de kompetente myndigheder, omfatter en tvungen sygesikring, eller når sagsøgeren gennem sin familie eller på anden lignende måde er forsikret i medfør af forordning nr. 1408/71.

Det tilkommer den nationale ret at fastslå, om de betingelser, der bevirker, at sagsøgeren kan anses for arbejdstager, er opfyldt.

2) Børnepasningsydelsen er en familieydelse i medfør af forordning (EØF) nr. 1408/71, der tilkendes fællesskabsborgere på de samme betingelser, som kræves opfyldt af tyske statsborgere.

3) Børnepasningsydelsen er også en social fordel i medfør af forordning (EØF) nr. 1612/68.

4) En fællesskabsborger, der er berettiget til at være bosat eller opholde sig på en medlemsstats område, konkret Tyskland, har — uanset om han er i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse — ret til børnepasningsydelse som den, der er fastsat i BErzGG, efter samme regler som landets egne borgere.«