FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 1 juli 1997 *

I — Inledning

1. Domstolen skall i förevarande tvist huvudsakligen klargöra det gemenskapsrättsliga begreppet arbetstagare, såväl med avseende på fri rörlighet för arbetstagare som på social trygghet. Domstolen har även ombetts avgöra om ett vårdnadsbidrag som föreskrivs i tysk lagstiftning utgör en familjeförmån i enlighet med förordning (EEG) nr 1408/71 eller en social förmån i enlighet med förordning (EEG) nr 1612/68. Domstolen har även att avgöra om det är förenligt med gemenskapsrätten att i nationell lagstiftning kräva innehav av uppehållstillstånd för att bidraget skall beviljas, även då den berörde är medborgare i en annan medlemsstat och har rätt att vara bosatt i Tyskland.

II — Bakgrund

2. Klaganden vid den nationella domstolen, María Martínez Sala, som är spansk medborgare, är sedan 12 års ålder bosatt i Förbundsrepubliken Tyskland (med undantag för perioden juni 1972 till augusti 1974). María Martínez Sala förvärvsarbetade i den staten mellan år 1976 och år 1986, med vissa avbrott, och dessutom från den 12 september till den 24 oktober 1989. Från sistnämnda datum har klaganden mottagit kommunal och regional socialhjälp i Nürnberg.

3. Klaganden har dessutom innehaft uppehållstillstånd fram till den 19 maj 1984 utan betydande avbrott. Från det datumet har hon endast erhållit intyg om att hon sökt förlängning av sitt uppehållstillstånd. Den 19 april 1994 erhöll klaganden av de behöriga tyska myndigheterna ånyo ett uppehållstillstånd för ett års tid, vilket sedan förlängdes med ytterligare ett år.

4. Den 9 januari 1993 födde María Martínez Sala sitt andra barn, dottern Jessica, och samma månad ansökte hon för dotterns räkning om vårdnadsbidrag i enlighet med den relevanta tyska lagen (BErzGG). Den 21 januari 1993 avslog den behöriga bayerska myndigheten sökandens ansökan, eftersom hon inte var tysk medborgare och heller inte innehade något uppehållstillstånd eller liknande tillstånd beviljat av humanitära eller politiska skäl. Den hänskjutande domstolen

* Originalspråk: italienska.

har i det avseendet angivit att sökanden inte kunde utvisas från Tyskland på grund av den europeiska konventionen om social och medicinsk hjälp av den 11 december 1953 (artiklarna 1 och 7).

5. María Martínez Sala begärde omprövning av beslutet om avslag, vilken begäran avslogs av den berörda myndigheten den 23 juni 1993. Hon överklagade då sagda beslut till Sozialgericht Nürnberg. Överklagandet ogillades, ånyo på grund av att klaganden saknade giltigt uppehållstillstånd. Enligt den nationella domstolen påverkades inte denna slutsats av de i målet tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Den berörda överklagade därefter beslutet i första instans till Bayerisches Landessozialgericht.

6. Med beaktande av tvistens gemenskapsrättsliga aspekter, fann sistnämnda domstol det vara nödvändigt att hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1. Skall en i Tyskland bosatt spansk medborgare, som med olika avbrott innehaft avlönad anställning fram till år 1986 och därefter, bortsett från en kortare anställning år 1989, erhållit socialhjälp enligt Bundessozialhilfegesetz (BSHG) (den federala socialtjänstlagen) fortfarande år 1993 anses som arbetstagare i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning (EEG) nr 1612/68 eller arbetstagare i den mening som avses i artikel 2 jämförd med artikel 1 i förordning (EEG) nr 1408/71?

2. Kan vårdnadsbidrag enligt Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BErzGG) (lag om vårdnadsbidrag och föräldraledighet) betraktas som en familjeförmån i den mening som avses i artikel 4.1 h i förordning (EEG) nr 1408/71 och till vilken spanska medborgare som är bosatta i Tyskland enligt artikel 3.1 i förordning (EEG) nr 1408/71 har samma rätt som tyska medborgare?

3. Är vårdnadsbidrag enligt BErzGG att anse som en social förmån i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning (EEG) nr 1612/68?

4. Är det förhållandet, att medborgare i en medlemsstat för att erhålla vårdnadsbidrag enligt BErzGG måste ha formellt uppehållstillstånd, även om de uppehåller sig lagligt i Tyskland, förenligt med Europeiska unionens rättsordning?"

III — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

7. I enlighet med artikel 1 a i i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971, i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983 [1], avses med "[arbetstagare]" i förordningens mening:

"den som är försäkrad, obligatoriskt eller genom en frivillig fortsättningsförsäkring, mot en eller flera av de risker som täcks av grenarna i ett system för social trygghet för [arbetstagare] eller egenföretagare".

I enlighet med artikel 1 u i i ovannämnda förordning skall med "familjeförmåner" avses:

"alla vård- eller kontantförmåner, som är avsedda att täcka en familjs utgifter enligt den lagstiftning som anges i artikel 4.1 h, utom de särskilda bidrag vid barns födelse som nämns i bilaga 2".

Artikel 2 i förordningen skall tillämpas på:

"...[arbetstagare] och egenföretagare, som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater..."

Artikel 3.1 har följande lydelse:

"Om något annat inte följer av de särskilda bestämmelserna i denna förordning har personer, som är bosatta inom en medlemsstats territorium och för vilka denna förordning gäller, samma skyldigheter och rättigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare".

8. I artikel 7.2 i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen [2] föreskrivs att arbetstagare från en medlemsstat som är bosatta inom en annan medlemsstats territorium skall åtnjuta samma sociala och skattemässiga förmåner som landets medborgare.

1 — EGT L 230, 22 augusti 1983, s. 6; svensk specialutgåva, område 5, volym 3, s. 13.

2 — EGT L 257, 19 oktober 1968, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33.

IV — De tyska bestämmelserna

9. Vårdnadsbidraget är ett bidrag som inte är kopplat till inbetalda avgifter och som ingår i ett system av åtgärder inom familjepolitiken. Det beviljas i enlighet med Bundeserziehungsgeldgesetz av den 6 december 1985 (lag om vårdnadsbidrag och barnledighet; *BGBl.* I, s. 2154, nedan kallad BErzGG).

BErzGG, i dess lydelse av den 25 juli 1989 (*BGBl.* I, s. 1550) sådan den ändrats genom lag av den 17 december 1990 (*BGBl.* I, s. 2823), föreskriver i 1 § första stycket att vårdnadsbidraget beviljas varje person 1) vars hemvist eller normala uppehållsort ligger inom det territorium som lagen omfattar, 2) är vårdnadshavare för ett barn som bor i personens hushåll, 3) själv vårdar och uppfostrar detta barn och 4) inte förvärvsarbetar på heltid.

I första stycket a föreskrivs följande:

"utlänningar som önskar göra anspråk på bidraget måste inneha ett uppehållstillstånd eller liknande tillstånd".

Enligt Bundessozialgerichts fasta rättspraxis anses kravet på att "inneha" ett uppehållstillstånd, eller ett tillstånd som beviljats av hälsoskäl eller av politiska skäl, vara uppfyllt endast om en av utlänningsmyndigheten utfärdad handling kan företes. Handlingen skall intyga innehavarens rätt till vistelse och skall ha utfärdats redan vid förmånsperiodens början. Att förete ett intyg på att en ansökan om uppehållstillstånd har inlämnats, och att sökandens vistelse således är "tillåten", är emellertid inte tillräckligt för att ovannämnda krav skall anses vara uppfyllt.

V — Bedömning av tvisten

10. Genom sin första fråga ber den nationella domstolen att EG-domstolen skall klargöra om María Martínez Sala under den omtvistade perioden var en "arbetstagare" i gemenskapsrättslig mening. Närmare bestämt skall den avgöra om det i förevarande fall är reglerna i förordning nr 1612/68 eller i förordning nr 1408/71 som är tillämpliga, eftersom sökanden tidigare har varit yrkesverksam som arbetstagare, om än med vissa avbrott, och därefter kommit i åtnjutande av förmåner som beviljats med stöd av den nationella socialhjälpslagstiftningen (Bundessozialhilfegesetz).

11. Låt oss inledningsvis se på det gemenskapsrättsliga arbetstagarbegreppet med avseende på möjligheten att i förevarande tvist tillämpa reglerna om fri rörlighet för arbetstagare, närmare bestämt artikel 48 i

fördraget och dess genomföranderegler i förordning nr 1612/68. Begreppet har definierats i rättspraxis. Enligt domstolen skall det röra sig om en person som "under en viss tid, mot ersättning utför arbete [...] åt någon annan under dennes ledning". [3]

Av fördragets bestämmelser och av sekundärrätten framgår således att status som "arbetstagare" enligt gemenskapsrätten inte utgör en permanent subjektiv ställning. I princip förlorar den enskilde sin egenskap av arbetstagare då de föreskrivna villkoren inte längre är uppfyllda. Det kan enligt gemenskapsrätten förhålla sig annorlunda endast under särskilda omständigheter och endast i fråga om vissa rättsverkningar. Domstolen har haft att ta ställning även till sådana fall, varav vissa varit representativa. [4] Mellan den verksamhet som den berörda tidigare bedrivit — vilken för övrigt inte är näraliggande i tiden — och den situation som sökanden själv har befunnit sig i under den period som hon begärt det omtvistade bidraget för, verkar det emellertid i förevarande fall inte finnas någon anknytning som är aktuell eller väsentlig för att lösa tvisten. Beslutet om hänskjutande ger oss heller inga uppgifter eller bedömningar som gör det möjligt att anse María Martínez Sala vara en arbetstagare i den mening som avses i förordning nr 1612/68. I synnerhet är omständigheten att sökanden tidigare uppburit socialbidrag otillräcklig för att så skall anses vara fallet. Det är självfallet den nationella domstolens uppgift att utreda om *andra* faktiska omständigheter skulle kunna motivera motsatt slutsats i förevarande fall. Undersökningen måste i vart fall utföras på grundval av de kriterier som i det avseendet har utarbetats i domstolens rättspraxis. [5] Jag skall endast erinra om ett: det skall kontrolleras om det föreligger ett *faktiskt samband* mellan den tidigare yrkesverksamheten och den berörde arbetstagarens därpå följande situation. Det är under alla omständigheter klart vilket det *praktiska resultatet* skulle bli i vårt fall om den nationella domstolen kunde betrakta sökanden som arbetstagare i den mening som avses i förordning nr 1612/68. Hon skulle tillerkännas rätten att åberopa principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet i fråga om villkoren för att erhålla den begärda familjeförmånen. Jag skall nedan (punkt 22), i samband med utredningen av en annan aspekt av målet, ange om de i den nationella lagen fastställda villkoren utgör omotiverad särbehandling.

12. Liknande problem uppstår i fråga om möjligheten att kvalificera sökanden som arbetstagare på grundval av den andra gemenskapsförordning som har åberopats, nämligen nr 1408/71. Emellertid innehåller beslutet om hänskjutande inte heller i det avseendet särskilt många användbara uppgifter. Den nationella domstolen har inte klargjort om María Martínez Sala faktiskt är försäkrad genom något system för social trygghet. Det anges heller inte om sökanden kan åberopa någon anknytning till sin egen ursprungsfamilj, vilken likaledes är bosatt i Tyskland, och därigenom omfattas av förordningens tillämpningsområde genom att vara familjemedlem till en försäkrad arbetstagare eller genom att ha rätt till underhåll från

3 — Dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121; svensk specialutgåva, häfte 8), punkt 16.

4 — Domen i målet Lawrie-Blum, ovan, samt dom av den 31 maj 1989 i mål 344/87, Bettray (REG 1989, s. 1621).

5 — Se dom av den 21 juni 1988 i mål 39/86, Lair (REG 1988, s. 3161; svensk specialutgåva, häfte 9), samt de ovannämnda domarna i målen Bettray respektive Lawrie-Blum.

denne. Då detta har klargjorts, kvarstår emellertid faktum att sökanden, även om hon inom den relevanta tidsperioden inte har varit yrkesverksam, har uppburit socialhjälp. Kommissionen har inte uteslutit att en sådan omständighet i kraft av lagen (*ope legis*) skulle ha kunnat medföra att sökanden och hennes döttrar sjukförsäkrades. Denna möjlighet är av betydelse för utgången i förevarande tvist och måste följaktligen beaktas. Det skall påpekas att om sökanden är försäkrad i Tyskland — om så bara mot en enda risk, i förevarande fall sjukdom — skall hon därigenom klassificeras som arbetstagare i den mening som avses i förordningen (artikel 1 a i).

Även i detta fall är det den nationella domstolen som skall kontrollera om det i den nationella lagstiftningen föreskrivs någon form av försäkring som följer av uppbärande av socialhjälp. Det skulle nämligen kunna finnas en sådan föreskrift i den tyska rättsordningen och det bör klargöras om så är fallet, även vid beaktande av domstolens nyligen avkunnade dom i målet Stöber och Piosa Pereira. [6] Begränsningen i bilaga 1, avdelning I, avsnitt C (Tyskland), till förordning nr 1408/71, som domstolen hade att bedöma i det målet, rör nämligen de undantag som gemenskapslagstiftaren har föreskrivit i fråga om familjeförmåner som kan begäras av arbetstagare och egenföretagare i Tyskland. Domstolen har ansett dessa begränsningar vara helt rättsenliga. Domstolen har påpekat att lagstiftaren i de olika medlemsstaterna är fortsatt behörig att fastställa vilka villkor som de berörda skall uppfylla för att få rätt till sociala trygghetsförmåner, eftersom förordning nr 1408/71 endast samordnar nationella system för social trygghet. Vad beträffar det område som är förbehållet den tyske lagstiftaren är endast en uppgift av intresse i förevarande fall, nämligen vilken María Martínez Salas situation skulle vara om hon enligt nationell lagstiftning ansågs vara sjukförsäkrad i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) genom det faktum att hon uppbär socialhjälp. Om så vore fallet skulle det röra sig om en behandling som skulle kunna sägas vara *likställd* med den som föreskrivs för arbetslösa arbetstagare som erhåller därtill avsedda förmåner av det berörda socialförsäkringsorganet. Enligt gemenskapsrätten, vilken med rätta beaktar det sociala syftet med och skälen till försäkringssystemet, anses arbetslösa inte vara i stånd att tillgodose sina mest grundläggande behov, däribland i fråga om hälsovård. Arbetstagare är sjukförsäkrade. Den som på grundval av den nationella lagstiftningen är automatiskt försäkrad mot samma risk på grund av att han befinner sig i en svår situation, oavsett dess art, anses likaledes vara en arbetstagare, även om han inte är yrkesverksam. Detta är systemets logik: som arbetstagare räknas den som åtnjuter samma skydd som en arbetstagare åtnjuter enligt gällande socialförsäkringslagstiftning. Om det i förevarande fall skulle framgå att det i tysk rätt finns en princip om försäkring i kraft av lagen, skulle följaktligen undantaget i bilaga 1 inte vara tillämpligt på María Martínez Sala. Hon skulle nämligen enligt gemenskapsrätten anses vara en arbetstagare i kraft av artikel 2 jämförd med artikel 1 a i i förordning nr 1408/71. Fördelen med detta för den berörda är samma fördel som diskuterats ovan i samband med förordning nr 1612/68. Egenskapen av arbetstagare skulle medföra rätten att åberopa förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och följaktligen rätten att erhålla vårdnadsbidraget utan det föreskrivna uppehållstillståndet. Som jag erinrat om ovan, kommer

6 — Dom av den 30 januari 1997 i de förenade målen C-4/95 och C-5/95, Stöber och Piosa Pereira, REG 1997, s. I-511).

jag i punkt 22 att klargöra om icke-diskrimineringsprincipen kan tillämpas i förevarande fall.

13. Genom sin andra och sin tredje tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i om vårdnadsbidraget skall anses vara en familjeförmån i den mening som avses i förordning nr 1408/71 eller vara en social förmån i den mening som avses i förordning nr 1612/68.

Efter det att förevarande begäran om förhandsavgörande hänsköts, har domstolen besvarat den nationella domstolens andra tolkningsfråga jakande i domen i målen Hoever och Zachow. [7] Domstolen fastslog där nämligen att det omtvistade vårdnadsbidraget utgör en familjeförmån i enlighet med förordning nr 1408/71. Vad beträffar den tredje frågan anser jag det vara ytterst osannolikt att María Martínez Sala skulle kunna anses vara en arbetstagare enligt förordning nr 1612/68. För det fall den hänskjutande domstolen skulle dra en annan slutsats, anser jag emellertid — i enlighet med generaladvokaten Jacobs [8] i dennes förslag till avgörande i ovannämnda mål Hoever och Zachow och med kommissionens yttrande i frågan — att förmånen i fråga även utgör en social förmån i enlighet med förordning nr 1612/68.

Begreppet social förmån, såsom detta har utformats i domstolens rättspraxis, har nämligen en vidsträckt räckvidd och kan således säkerligen omfatta sådana förmåner som den omtvistade förmånen, oberoende av omständigheten att vårdnadsbidraget även utgör en familjeförmån i den mening som avses i förordning nr 1408/71.

14. Om det skulle visa sig att den berörda inte är en arbetstagare enligt ovannämnda gemenskapsförordningar, måste den fjärde frågan som har hänskjutits till domstolen besvaras. Såsom frågan är formulerad, berör den uttryckligen och direkt den bestämmelse i den tyska lagen som, för att vårdnadsbidrag skall beviljas medborgare i andra medlemsstater, kräver att ett *tillstånd* har utfärdats, det vill säga ett särskilt uppehållstillstånd, som även den som *på annat sätt givits tillåtelse* att vistas i Tyskland måste vara i besittning av. Denna bestämmelse utgör ett undantag från den allmänna regeln i samma lag, enligt vilken bidraget i fråga kan beviljas *alla* dem vars hemvist eller normala uppehållsort ligger i Tyskland (och dessutom uppfyller de övriga villkoren, vilka domstolen inte har att bedöma i förevarande fall, nämligen att den berörde skall ha vårdnaden om en minderårig och inte förvärvsarbeta). Enligt den tyska lagstiftningen särbehandlas således bidragets tänkbara förmånstagare beroende på sitt medborgarskap. Den hänskjutande domstolen har bett att EG-domstolen skall avgöra om det rör sig om en reglering som är förenlig med gemenskapsrätten. Domstolen måste således utföra sin undersökning mot bakgrund av icke-diskrimineringsprincipen i

7 — Dom av den 10 oktober 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94, Hoever och Zachow, REG 1996, s. I-4895).

8 — Förslag till avgörande av den 2 maj 1996 i målet Hoever och Zachow, ovan (REG 1996, s. I-4898), punkt 87— 90.

fördraget. Om det förutsätts att sökanden inte är en arbetstagare måste således följande fråga besvaras *i andra hand*: vilken *annan* rätt ger unionens rättsordning en gemenskapsmedborgare som är bosatt i Tyskland, så att denne inte diskrimineras i förhållande till tyska medborgare i ett fall som det förevarande?

15. Kommissionen har föreslagit att domstolen såsom bedömningsgrund väljer artikel 8a, vilken infördes i fördraget till följd av Maastricht-avtalen. Artikel 8a.1 har följande lydelse: "Varje unionsmedborgare skall ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförande av fördraget". I artikel 8a.2 anges dessutom att rådet, i enlighet med de föreskrivna förfarandena, kan anta bestämmelser i syfte att underlätta utövandet av de rättigheter som avses i punkt 1. Enligt kommissionen följer rätten att fritt röra och bosätta sig inom hela unionen *direkt* av fördraget. De begränsningar och villkor som föreskrivs i artikel 8a skulle således endast avse *utövandet* av den rätten, vilken fastslås i primärrätten såsom en medborgerlig frihet. Vad blir konsekvenserna av ett sådant synsätt då förevarande mål skall avgöras? María Martínez Sala skulle genom att flytta till och bosätta sig i Tyskland ha utövat en frihet som hon garanteras i fördraget. Tills värdlandet utnyttjar sig av rätten att tillämpa de begränsningar som enligt artikel 8a rör själva utövandet av rättigheten på den berörda, om värdlandet alls gör det, kvarstår rätten att bosätta sig. Av denna rätt följer rätten att kunna erhålla vårdnadsbidraget på samma villkor som tyska medborgare. Den tyska regeringen har för sin del besvarat kommissionens argument med att hävda att rätten att fritt röra och bosätta sig i artikel 8a uttryckligen medges *inom de gränser* som sätts av fördraget och sekundärrätten. Värdlandets ombud har dessutom angivit att María Martínez Salas fall omfattas av föreskrifterna i direktiv 90/364/EEG. Den berörda uppfyller inte de villkor som ställs i detta (fullständig sjukförsäkring och tillräckliga tillgångar för att inte belasta socialhjälpen i värdlandet) och kan följaktligen inte göra anspråk på någon uppehållsrätt i enlighet med gemenskapsrätten. Hennes vistelse i Tyskland, hävdar den hänskjutande domstolen, skulle endast vara berättigad på grundval av ett internationellt avtal som förbjuder Tyskland att utvisa henne. Den tyska regeringen hävdar avslutningsvis att fallet med en i Tyskland bosatt person som är medborgare i en annan medlemsstat i förevarande fall inte regleras av gemenskapsrätten. Följaktligen skulle påståendet att kravet på uppehållstillstånd utgör ett åsidosättande av en i fördraget fastställd princip, nämligen förbudet mot diskriminering baserad på nationalitet, inte heller finna stöd i gemenskapsrätten. Den brittiska och den franska regeringens ombud har under sammanträdet upprepat Tysklands försvarsargument avseende tolkningen av artikel 8a i fördraget. Den bestämmelsen skulle endast syfta på den rätt till fri rörlighet och vistelse som redan tillerkänts olika enskilda kategorier av berörda personer och föra samman dessa i en och samma primärrättslig regel — såsom bitarna i en mosaik, påpekade den franska regeringen under sammanträdet. Däremot påverkades inte de begränsningar av sagda rättigheter som i olika fall föreskrevs i fördraget eller i sekundärrätten. Med andra ord skulle artikel 8a inte innebära att rätten till fri rörlighet gavs ett annat och mer omfattande innehåll i förhållande till tidigare lagstiftning.

16. Kärnan i den fråga som diskuterades under sammanträdet är följaktligen denna: skall en annan medlemsstats medborgare, som är bosatt i Tyskland under omständigheter liknande dem som råder i förevarande fall, anses omfattas av gemenskapsrättens föreskrifter, och i så fall hur? Enligt kommissionen omfattas förevarande fall av tillämpningsområdet för artikel 8a i fördraget. Tysklands regering är av motsatt ståndpunkt. Det skall emellertid inte bortses från att domstolen inte har ombetts fastslå om den berörda kan vara bosatt i Tyskland i gemenskapsrättslig mening, utan närmare bestämt om hon *medan hon är bosatt* i den staten kan erhålla det begärda bidraget på samma villkor som tyska medborgare. Jag anser således att målet, vad avser just sistnämnda fråga, skall bedömas mot bakgrund av artikel 8a.

17. De faktiska omständigheterna har beskrivits ovan. Det framgår inte varför värdlandet har förnekat den berörda det uppehållstillstånd som enligt nationell lag krävs för vårdnadsbidrag. Det hade tidigare beviljats henne periodvis under hennes långa vistelse i Tyskland. Det framgår heller inte om denna särskilda uppehållshandling — vilken när allt kommer omkring är den enda handling som är relevant i förevarande mål — kan beviljas och om den faktiskt beviljas gemenskapsmedborgare i kategorin utlänningar som omfattas av lagen om bidrag, även om de inte uppfyller de villkor som föreskrivs i gemenskapsdirektiv 90/364 för "tillståndet" och således saknar därtill hörande rätt till bosättning. Det är den hänskjutande domstolen själv som påpekar att det rör sig om en gemenskapsmedborgare som har tillåtelse att vara bosatt i Tyskland. Enligt den tyska regeringen förhåller det sig så endast till följd av interna regler. Den berörda uppfyller enligt sagda regering inte villkoren för rätt till bosättning i direktivet.

18. Då detta har konstaterats skall den bosatte gemenskapsmedborgarens situation i förevarande fall klargöras. Jag anser att en inledande anmärkning är nödvändig. Efter att artikel 8a i fördraget trätt i kraft går det inte längre att hävda att rätten till bosättning uppkommer genom direktivet, det vill säga att medlemsstaterna skulle "bevilja" andra medlemsstaters medborgare rättigheten i fråga i enlighet med bestämmelserna i direktivet. Den rättsakten hade antagits av rådet för det fall att medborgarna inte åtnjöt rätten till bosättning i enlighet med andra bestämmelser i gemenskapsrätten. Nu finns emellertid artikel 8a i fördraget. Rätten att röra och bosätta sig fritt inom unionen fastslås i allmänna ordalag i en primärrättslig regel och huruvida den rätten föreligger, och i vilken utsträckning, beror inte på eventuella begränsningar i andra gemenskapsrättsliga bestämmelser i sekundärrätten. De begränsningar som föreskrivs i artikel 8a rör det konkreta utövandet av rättigheten, inte dess existens. Direktiv 90/364 fortsätter, eventuellt, att reglera villkoren för att komma i åtnjutande av den frihet som fastslås i fördraget. Detta argument har framförts av kommissionen med hänvisning till det system med fri rörlighet som redan fastslås i fördraget, vilket jag anser vara oemotsägligt. Jag vill erinra om den ram som den i artikel 8a stadgade rättigheten har givits i Maastrichtavtalen. Vid närmare påseende är inte det nya med artikeln att rätten till fri rörlighet för personer i denna fastslås direkt. Den friheten erkändes tillsammans med den fria rörligheten för varor, tjänster och kapital redan tidigare i en annan primärrättslig källa, nämligen

enhetsakten, i den bestämmelse som definierar den inre marknaden som ett område utan inre gränser. I artikel 8a har således denna rättighet *frigjorts ur kärnan* i de andra rättigheterna avseende fri rörlighet och den definieras som en rätt inte bara till fri rörlighet utan även till fri *bosättning* i varje medlemsstat. Detta är således en primär rättighet, även i den meningen att den anges som den första av de rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet. På detta sätt har rätten till bosättning utformats och placerats i fördraget. Det är inte endast en härledd rättighet, utan en rättighet som *inte kan skiljas* från unionsmedborgarskapet, på samma sätt som de andra rättigheter som uttryckligen har utformats som nödvändiga följder av denna status (se artikel 8b, 8c och 8d), vilken är ny och gemensam för alla medlemsstaters medborgare utan åtskillnad. Den enskilde tillerkänns unionsmedborgarskapet omedelbart genom den primärrättsliga föreskriften. Den enskilde erkänns formellt som rättssubjekt, och erhåller och förlorar unionsmedborgarskapet samtidigt med medborgarskapet i den medlemsstat han tillhör och inte på något annat sätt. Detta kan sägas vara den *grundläggande* rättsliga situationen som gemenskapens, numera unionens, rättsordning garanterar varje medlemsstats medborgare. Detta följer av den entydiga ordalydelsen av de båda styckena i artikel 8 i fördraget.

19. Låt oss se närmare på hur förevarande fall kan lösas mot bakgrund av det ovanstående. I direktiv 90/364 tillerkänns personer som upphört att vara yrkesverksamma rätt till bosättning, trots att direktivet bygger på att de inte skall utgöra en orimlig börda för värdmedlemsstatens finanser. Medlemsstaterna kan endast föreskriva undantag från rätten till bosättning av skäl som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (i vilket fall direktiv 64/221/EEG skall tillämpas). [9] Varje medlemsstat skall självfallet avstå från att utvidga begränsningarna av gemenskapsmedborgarens utövande av sagda rättighet eller att göra dessa mera betungande. Medlemsstaterna får emellertid *utvidga* det område inom vilket den enskilde kan utnyttja rätten att bosätta sig. Detta, skulle jag vilja påstå, gäller a fortiori nu, mot bakgrund av det gemensamma medborgarskapets status och den rätt till bosättning som enligt fördraget är knuten till detta. Enligt artikel 8a.2 kan rådet för övrigt anta regler för att *underlätta* utövandet av rätten till fri rörlighet och bosättning. Liknande regler kan den enskilda medlemsstaten, om den så önskar, anta ensidigt, självfallet endast i fråga om det egna territoriet. Det är just detta som är fallet i Tyskland, säger oss den hänskjutande domstolen och den tyska regeringen, i förevarande fall: María Martínez Sala *har fått tillåtelse* att bosätta sig i det landet, trots vad som föreskrivs i direktivet. Till skillnad från vad värdlandets ombud har hävdat, innebär emellertid inte detta att den subjektiva rättsliga ställning som sökanden har åberopat för att göra anspråk på att behandlas likadant som tyska medborgare skulle omfattas av den nationella rätten och således sakna stöd i gemenskapsrätten. Det måste påpekas att den subjektiva rättsliga ställning som är relevant för denna undersökning är den som *ligger till grund* för rätten till bosättning, vilken den berörda har rätt att göra gällande i Tyskland. Som jag sade ovan är det närmare bestämt den berördas grundläggande rättsliga ställning, nämligen det faktum att hon är unionsmedborgare,

9 — Rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (EGT L 56, 4.4.1964, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28).

som skall beaktas för att i förevarande fall avgöra om den bosatte gemenskapsmedborgaren kan åberopa rätten att inte diskrimineras i förhållande till tyska medborgare. Jag anser att denna rätt kan tillerkännas vederbörande av skäl som jag kommer att förklara nedan.

20. Förbudet mot all diskriminering på grund av nationalitet slås fast i fördraget och tolkas av domstolen som en allmän princip. Det är fråga om en princip som potentiellt omfattar hela fördragets tillämpningsområde, även om den "inte påverkar", och således även verkar genom, särskilda bestämmelser som har antagits för att tillämpa den på någon viss del av rättsordningen, exempelvis på den fria rörligheten för arbetstagare, på friheten att tillhandahålla tjänster eller på etableringsfriheten. Det kan inte förnekas att unionsmedborgarskapet påverkar fördragets tillämpningsområde i två avseenden. För det första ges den enskilde en ny *status*, en ytterligare *subjektiv egenskap* utöver de redan föreskrivna, i syfte att göra medborgarskapet irrelevant som särskiljande faktor, eller rättare sagt, i syfte att förbjuda att medborgarskapet fungerar som en särskiljande faktor. För det andra knyts i artikel 8a i fördraget rätten att röra och bosätta sig fritt i samtliga medlemsstater till den subjektiva egenskapen unionsmedborgarskap. För det fall de intervenerande regeringarnas ståndpunkt godtogs, skulle sistnämnda bestämmelse trots sin ordalydelse inte ge unionsmedborgaren någon ny rätt att röra eller bosätta sig. I förevarande fall är det emellertid inte nödvändigt att kontrollera om den åsikten är välgrundad. Om en medborgare — som i vårt fall — *hur som helst* har rätt att bosätta sig i en annan medlemsstat än den han är medborgare i, kvarstår hans rätt att inte bli diskriminerad i förhållande till värdlandets medborgare så länge som han är bosatt där. Denna rätt följer omedelbart och autonomt av den primärrättsliga föreskriften i artikel 8, som är relevant för tillämpningen av fördraget i syfte att erkänna dennes *status* som unionsmedborgare, oavsett om den berörde kan åberopa direktivet om rätt till bosättning eller inte. Sistnämnda subjektiva situation har varje medlemsstats medborgare *alltid* och *under alla omständigheter*. Det är följaktligen i vårt fall irrelevant om den berördes rätt att vara bosatt i värdlandet följer av direktivet eller av värdlandets lag. [10]

21. Att vara unionsmedborgare är således en egenskap som på gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsstadium följer av fördraget, en gång för alla. Det är självfallet domstolen, vilken skall tolka fördraget och garantera att det tillämpas korrekt, som i varje enskilt fall skall avgöra hur unionsmedborgarskapet kan göras gällande av den som hävdar att han har diskriminerats i förhållande till medborgare i andra medlemsstater. Unionsmedborgarskapet omfattas av fördragets tillämpningsområde och av det allmänna förbudet mot all

10 — Gemenskapsrätten, sådan den tolkas av domstolen, erkänner betydelsen — exempelvis på området social trygghet — av internationella avtal som ger medborgarna i en viss medlemsstat mer omfattande rättigheter än de som följer av gemenskapsrätten, bland annat av förordning nr 1408/71. Den berörde kan inte frånkännas rättigheter som föreskrivs i mer gynnsamma bestämmelser i sådana internationella avtal (dom av den 7 februari 1991 i mål C-227/89, Rönfeld, REG 1991, s. I-323, och av den 9 november 1995 i mål C-475/93, Thévenon, REG 1995, s. I-3813). Detsamma gäller i fråga om den europeiska konventionen om social och medicinsk hjälp som undertecknades i Paris den 11 december 1953, till vilken Tyskland har anslutit sig. Rätten att inte utvisas, sådan den är utformad i konventionen, medför oundvikligen en rätt till bosättning i värdlandet. Den skulle följaktligen gälla som grund för att berättiga att sökanden befinner sig i Tyskland, *även för gemenskapsrättsliga ändamål.*

diskriminering på grund av nationalitet, *men* endast då det *inte* otillbörligt gör anspråk på företräde framför status som nationell medborgare. Ett anspråk som görs gällande gentemot medborgare i värdlandet av en annan medlemsstats medborgare som är bosatt i den staten saknar således grund om det rör rättigheter som måste anses förbehållna de förstnämnda till följd av deras nationella medborgarskap. Detta är en ofrånkomlig allmän begränsning som följer av de regler som ligger till grund för avgränsningen av fördragets tillämpningsområde. De specialbestämmelser i fråga om förbudet mot diskriminering som stadgas i fördraget med avseende på unionsmedborgares rösträtt och valbarhet vid val till Europaparlamentet samt till kommunala församlingar, utgör uttryckligen undantag från regler som uppenbarligen faller inom det behörighetsområde som hör till den enskilda medlemsstatens rättsordning och förmodligen till dess författning.

22. Låt oss därefter se på förevarande fall. Den berörda är bosatt i Tyskland och är unionsmedborgare. Enligt nationell lagstiftning skall vårdnadsbidraget ges till den som bosätter sig i Tyskland. Detta är lagens huvudregel. Det är undantaget från denna, det *ytterligare* krav på uppehållstillstånd som endast föreskrivs för andra medlemsstaters medborgare som har bosatt sig i landet, som är diskriminerande. Detta är en rättsstridig särbehandling i systemet: gemenskapsmedborgare, oavsett med vilken rätt de är bosatta i Tyskland, omfattas av mer betungande villkor än de som föreskrivs för tyska medborgare, utan att det finns rationella eller objektiva skäl för detta särskiljande kriterium i den nationella rätten. De mindre strikta krav som den tyske lagstiftaren ställer på de egna medborgarna för att bevilja bidraget skulle nämligen ändamålsenligt kunna utsträckas även till gemenskapsmedborgare och de skulle likväl skydda medlemsstaten mot eventuellt missbruk. Dessutom har domstolen i domen i målet Royer [11] redan klargjort att uppehållstillståndet "inte [skall] betraktas som en handling som skapar rättigheter, utan som en handling genom vilken en medlemsstat kan fastställa ställningen för den berörda medborgaren från en annan medlemsstat i förhållande till bestämmelserna i gemenskapsrätten." Det rör sig om en handling som intygar ett faktum vilket, som kommissionen med rätta har påpekat, endast är av deklaratorisk och inte av konstitutiv art. Rätten till bidraget uppkommer således till följd av själva det faktum att medlemsstaten ger en gemenskapsmedborgare rätt eller tillåtelse att vistas eller bosätta sig inom det egna territoriet och inte av omständigheten att det uppehållstillstånd som krävs i tysk lagstiftning för att förmånerna skall beviljas har utfärdats. Det är inte berättigat att utövandet av rättigheten, sådan den är utformad i den nationella lagen, i vårt fall är underordnad ett krav, och därigenom en begränsning, som inte föreskrivs för värdlandets medborgare. Det är tydligt vilken slutsats som skall dras: värdlandet kan inte behandla en unionsmedborgare, som är dess egen medborgare, annorlunda än en unionsmedborgare som är medborgare i en annan medlemsstat och som värdlandet låter bo inom sitt territorium.

23. Min slutsats överensstämmer i huvudsak med den lösning som kommissionen har

11 — Dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, häfte 3), punkt 31— 33.

föreslagit, men ur en annan synvinkel. Vad som motiverar tillämpningen av det allmänna förbudet mot diskriminerande behandling i förevarande fall är inte kommissionens argument, nämligen att sökanden har en rätt att bosätta sig med stöd av fördraget som kvarstår ograverad tills värdlandet utnyttjar sin rätt att begränsa utövandet av den förstnämnda rättigheten i enlighet med direktivet. Vad som fastmer motiverar likabehandlingen är, som jag påpekat ovan, unionsmedborgarens rättsliga ställning i form av den garanti som följer av hans personliga ställning, sådan den regleras i artikel 8 i fördraget, vilken åtföljer *alla* medlemsstaters medborgare *i samtliga* medlemsstater. Unionen, sådan den är utformad i Maastrichtfördraget, medför med andra ord att icke-diskrimineringsprincipen måste täcka det område som förbehålls det nya gemensamma medborgarskapet. Förevarande fall utgör således ett test case för en viss sorts frågeställningar som kan komma att föras vidare till domstolen. Jag vill påpeka att den lösning jag förespråkar skulle utgöra en konsekvent utveckling av rättspraxis, i vilken icke-diskrimineringsprincipen redan har givits en omfattande och långtgående tolkning. I domen i målet Cowan [12] fastslogs att en *konsekvens* av rätten till fri rörlighet för fysiska personer är den rätt som garanteras personer som befinner sig i en annan medlemsstat i egenskap av mottagare av en tjänst (och inte i egenskap av tjänsteproducent) att inte diskrimineras i förhållande till den statens bosatta medborgare i fråga om skydd mot fysiska övergrepp och om den ersättning som föreskrivs i nationell rätt för fall av övergrepp. Domstolen ansåg i det fallet att den franska regel i vilken föreskrevs att bidraget endast kunde beviljas innehavare av ett intyg om bosättning inom det nationella territoriet utgjorde diskriminerande behandling. Enligt den domen skyddas även turister eller andra tjänstemottagare av diskrimineringsförbudet, oavsett längden på vistelsen i värdlandet. Det här aktuella avgörandet kan ses mot bakgrund av ovannämnda prejudikat. I förevarande fall utgörs det diskriminerande villkoret av kravet på uppehållstillstånd, vilket inte ställs på bosatta nationella medborgare men väl på gemenskapsmedborgare som (för övrigt sedan länge) har bosatt sig i Tyskland och därigenom oundvikligen i ett flertal fall är en tjänstemottagare i den mening som avses i rättspraxis. I domen i målet Cowan rörde det sig om ersättning för att den enskildes fysiska integritet hade kränkts, vilken skall beviljas oavsett vilken medlemsstat den berörde är bosatt i. I förevarande fall rör det sig förvisso om ett bidrag av annan art, men olikheten i de krav som ställs på en medborgare respektive på en bosatt gemenskapsmedborgare som söker bidraget är likväl en diskriminerande behandling som förbjuds i gemenskapsrätten. Beslutet och grunden för detta i domen i målet Cowan gäller således på samma sätt även i förevarande fall. När nu tjänstemottagare — det vill säga mottagare av en *abstrakt och enhetlig* serie tjänster som kan tillhandahållas i vilket värdland som helst — har medgivits en rätt att inte diskrimineras, undrar jag om inte domstolen i konsekvensens namn borde ta det ytterligare steg framåt som jag anser vara nödvändigt för att lösa det nu aktuella problemet: att fastslå att den potentielle tjänstemottagaren numera *även* har stöd av sin egenskap av unionsmedborgare för att kunna åberopa diskrimineringsförbudet inom hela tillämpningsområdet för rättspraxis i fråga om detta.

12 — Dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87, Cowan (REG 1989, s. 195; svensk specialutgåva, häfte 10).

VI — Förslag till avgörande

Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som Bayerisches Landessozialgericht har ställt på följande sätt:

1. En spansk medborgare som är bosatt i Tyskland och som befinner sig i samma situation som klaganden i målet vid den nationella domstolen kan anses vara en arbetstagare i den mening som avses i förordning (EEG) nr 1612/68 om det föreligger en direkt anknytning mellan den yrkesverksamhet denna tidigare utövade och den situation i vilken sökanden befann sig under den period som är i fråga i detta mål. Sökanden kan anses vara en arbetstagare i den mening som avses i förordning (EEG) nr 1408/71 om den socialhjälp som beviljas personen i fråga av de behöriga myndigheterna omfattar en obligatorisk sjukförsäkring eller om klaganden genom sin ursprungliga familj eller på något annat likvärdigt sätt omfattas av en försäkring med tillämpning av denna förordning.

Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om villkoren för att sökanden skall anses som arbetstagare är uppfyllda.

2. Ett vårdnadsbidrag utgör en familjeförmån i den mening som avses i förordning (EEG) nr 1408/71 och skall ges gemenskapsmedborgare enligt samma villkor som den ges till tyska medborgare.

3. Det ovannämnda vårdnadsbidraget utgör även en social förmån i den mening som avses i förordning (EEG) nr 1612/68.

4. En gemenskapsmedborgare som på något sätt har givits tillåtelse att bosätta sig eller vistas på en medlemsstats territorium, i detta mål Tyskland, har rätt till vårdnadsbidrag i den form som föreskrivs i BErzGG enligt samma villkor som medborgare från denna medlemsstat, oberoende av om denna person har ett giltigt uppehållstillstånd.