FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 16. SEPTEMBER 1980 [1]

Høje Domstol.

Nærværende sag er indbragt for Domstolen i form af en anmodning om præjudiciel afgørelse i medfør af EØF-traktatens artikel 177 fra Tribunal du travail de Charleroi. Sagsøgeren i sagen for Tribunal du travail er Remo D'Amico, den italienske statsborger, der bor i Belgien; sagsøgte er Office national des pensions pour travailleurs salariés »ONPTS«. Tvisten angår D'Amico's alderspension.

Sagens faktiske omstændigheder kan fremstilles således:

D'Amico er født i Italien den 12. marts 1932. Fra marts 1947 (da han var 15 år gammel) og indtil september 1952 (da han var 20½ år gammel) var han i Italien beskæftiget som landarbejder og indbetalte således i 194 uger sociale bidrag efter italiensk lovgivning. Herefter rejste han til Belgien, hvor han var beskæftiget med minearbejde under jorden indtil den 15. juli 1973. Han forlod fra denne dag arbejdsmarkedet på grund af svigtende helbred. Med virkning fra 1. november 1973 tildeltes han en belgisk invalidepension i medfør af de særlige regler, der gælder for minearbejdere. Samtidig blev han berettiget til en invalidepension efter italiensk lovgivning i medfør af de forsikringsperioder, han havde tilbagelagt i Italien.

D'Amico har forklaret, at hans ret til italiensk pension fremkommer ved sammenlægning af og forholdsmæssig beregning efter Rådets forordning nr. 1408/71 af de forsikringsperioder, han havde tilbagelagt i Italien og Belgien. Uden denne beregningsmetode ville han ikke have kunnet erhverve denne ret. Heroverfor står den italienske regerings forklaring, hvorefter D'Amico har været forsikret tilstrækkeligt længe i Italien til at være berettiget til en italiensk invaliditetspension allerede i medfør af italiensk ret uden at have det nødigt at påberåbe sig Fællesskabets bestemmelser. Lykkeligvis er løsningen af det problem, som Domstolen er stillet overfor, efter mit skøn ikke afhængigt af, hvilke af de to fremstillinger, der er den rigtige. Videre fremgår det af det af D'Amico anførte, at det beløb, som hans italienske pension udgør, er blevet modregnet i hans belgiske invalidepension i medfør af belgiske antikumulationsbestemmelser.

Igen gælder det, at dette ikke berører problemets løsning.

D'Amico's belgiske invalidepension afløstes fra den 1. oktober 1977 af en alderspension, fordi han valgte at gøre brug af visse bestemmelser i arrêté royal (kongelig anordning) nr. 50 af 24. oktober 1967 om lønarbejderes ret til alderspension og efterladtepension, især anordningens artikel 10, stk. 2, som ændret ved lov af 26. juni 1972 (Moniteur Belge, 30. juni 1972, s. 7738) og lov

1 — Oversat fra engelsk.

af 28. marts 1975 (Moniteur Belge, 8. april 1975, s. 4108) der blandt andet bestemmer:

»den arbejdstager ..., der til stadighed og som sin hovedbeskæftigelse har været beskæftiget som minearbejder i mindst 20 år tildeles alderspension, beregnet på grundlag af det tidsrum, hvori han har været ansat som minearbejder, således at hvert års ansættelse giver ret il $^{1}/_{30}$ af den fulde pension. Såfremt det samlede tidsrum for ansættelsen med varig hovedbeskæftigelse som minearbejder under jorden ... ikke andrager 30 år men dog mindst 25 år, antages det, at han har haft varig hovedbeskæftigelse i denne egenskab i det antal år, der er lig med forskellen mellem tredive og det godtgjorte antal år med varig hovedbeskæftigelse i denne egenskab.«

Efter belgisk ret kan en minearbejder efter 20 års arbejde i minerne således trække sig tilbage med ret til nedsat pension i forhold til det antal år, han har arbejdet. Der gælder dog den særlige regel, at en minearbejder, der har været beskæftiget med arbejde under jorden i mindst 25 år anses for at have arbejdet i alt 30 år, og han er derfor berettiget til fuld pension. Det fremgår også, at perioder, i hvilke en minearbejder har været berettiget til invalidepension, i artikel 10, stk. 2, anses som beskæftigelsesperioder. D'Amico kunne derfor i oktober 1977 hævde at have udført de 25 års arbejde, der gav ham ret til fuld alderspension.

ONPTS tildelte ham da også fuld pension, dog således at ONPTS i overensstemmelse med, hvad der anføres at være sædvanlig praksis, reducerede pensionen til $^{26}/_{30}$ af det fulde pensionsbeløb for at undgå, som det anførtes, at D'Amico oppebar ydelser fra to forskellige sider for samme forsikringsperioder, nemlig dels for den tid, hvor han faktisk havde udført arbejde i Italien, dels for den tid, hvor han præsumptivt antoges at have udført arbejde i Belgien. Grunden til, at nedsættelsen kun skete med $^{4}/_{30}$ og ikke, som man skulle have forventet, med $^{5,5}/_{30}$ hænger sammen med enkeltheder i den kongelige anordnings bestemmelse, som jeg ikke skal trætte den Høje Domstol med, men hvorefter den tid, som D'Amico havde været beskæftiget i Italien, skulle anses som 4 år.

Sagen blev af D'Amico indbragt for Tribunal du travail de Charleroi med påstand om, at nedsættelsen kendes ugyldig. I præmisserne til flere af Domstolens domme er det naturligvis antaget, at en medlemsstat er berettiget til at lovgive på en sådan måde, at man undgår sammenfald mellem præsumptive forsikringsperioder efter landets egen lovgivning og forsikringsperioder, der faktisk er tilbagelagt i et andet land, jf. således sag 12/67 *Guissart* (Sml. 1965-1968, s. 431) og sag 50/75, *Massonet* (Sml. 1975, s. 1473, dommen s. 1484). Tribunal du travail har imidlertid ikke gjort gældende, at nedsættelsen i hans pension var uforenelig med fællesskabsretten, men at der ikke var nogen hjemmel for den i belgisk ret. D'Amicos advokat har påberåbt en dom fra Cour du travail de Liège, der støtter dette synspunkt (R. G. nr. 6463/78, *ONPTS* mod *Schiabello,* dom af 29. juni 1979). Det spørgsmål, der således oprindeligt blev rejst for Tribunal du travail, var således alene et spørgsmål om, hvad der efter belgisk ret var gældende.

Det offentliges repræsentant i sagen (Auditeur du travail) anførte imidlertid af egen drift et nyt synspunkt, hvorefter D'Amico i medfør af den kongelige anordnings artikel 25 overhovedet ikke var berettiget til at oppebære belgisk

alderspension. Denne artikel, som ændret ved lov af 27. juli 1971, artikel 10 (Moniteur Belge, 11. august 1971, s. 9410), fastslår, at:

»Medmindre andet bestemmes af kongen, er udbetalingen af alderspension og efterladtepension betinget af, at den pågældende ikke oppebærer ydelser ... i anledning af invaliditet ... i henhold til belgisk eller udenlandsk lovgivning om social sikring«.

Det offentliges repræsentant mente, at der her forelå en bestemmelse, hvorefter en ydelse kunne stilles »i bero, jf. artikel 12, stk. 2, 1. pkt., i forordning nr. 1408/71, hvorfor den omstændighed, at D'Amico modtog italiensk invalidepension afskar ham fra at kunne oppebære belgisk alderspension.

Artikel 12, stk. 2, bestemmelser bl.a.:

»Indeholder en medlemsstats lovgivning bestemmelser om, at en ydelse skal nedsættes, stilles i bero eller bortfalde, når modtageren samtidig får udbetalt andre sociale ydelser ... finder disse bestemmelser tillige anvendelse, selv om det drejer sig om ydelser, som den pågældende har opnået i henhold til en anden medlemsstats lovgivning ... Denne regel finder dog ikke anvendelse, såfremt den pågældende modtager ydelser af samme art ved invaliditet, [eller] alderdom ... der fastsættes af institutionerne i to eller flere medlemsstater i overensstemmelse med artikel ... 46 ...

Når ONPTS ikke indtager dette standpunkt, skyldes det en skrivelse til intern brug (»note de service«) af 4. juli 1972, hvori socialministeren bestemte, idet han tilbagekaldte tidligere instrukser herom, at i de tilfælde, hvor en udenlandsk invalidepension kom til udbetaling efter pensionsalderens indtræden efter belgiske regler, skulle denne anses som alderspension. Dette forhold fejede det offentliges repræsentant imidlertid til side med henvisning til, at ministerielle tjenestbefalinger og cirkulærer ikke kunne ændre reglerne i en kongelig anordning.

Det er dette forhold, fremdraget af det offentliges repræsentant, der har foranlediget anmodningen fra Tribunal du travail til Domstolen. Fra sagsøgerens side er det gjort gældende, at hans italienske invalidepension ikke er en »ydelse« i artikel 25's forstand i den kongelige anordning, men Tribunal du travail synes ikke at have accepteret dette synspunkt.

Hvis det offentliges repræsentant har ret i sit synspunkt, er virkningen betænkelig. I flere af indlæggene ved Domstolen er anvendt stærkere adjektiver. Således har D'Amicos advokat kaldt det »ubilligt« (»inique«), Kommissionen har udtalt, at det var »chokerende« (»choquant«), og Rådet, at det var »uacceptabelt« (»inacceptable«). Dette betyder, at D'Amico som et resultat af, at han har gjort brug af sin klare ret til efter belgisk ret at lade sin invalidepension afløse af en alderspension, berøves enhver ret til pension overhovedet i Belgien, efter i et tidsrum af over 20 år at have arbejdet i dette land, og alene er henvist til den invalidepension, som han har optjent i Italien ved 5½ års arbejde, der hovedsageligt har fundet sted før han fyldte 20 år. Det er betydelige beløb, der her er tale om. D'Amicos fulde belgiske pension beløber

sig til 254 133 BFR årligt. Afkortet til $^{26}/_{30}$ andrager den 234 925 BFR, hvortil kommer et tillæg på 9 405 BFR i stedet for fri forsyning med kul. Hans italienske pension andrager et beløb svarende til 28 293 BFR.

Det er utvivlsomt, at dersom D'Amicos italienske pension var blevet afløst af en alderdomspension samtidig, eller omtrent samtidig med hans belgiske pension, så ville der ikke være opstået noget problem. Der er imidlertid enighed om, at italiensk lovgivning ikke åbner mulighed for, at D'Amicos italienske pension afløses af en alderspension.

Der hersker ingen tvivl om, hvilket princip D'Amicos sag skulle afgøres efter, såfremt hans pension efter belgisk og italiensk ret havde været af samme art, og der har da heller ikke hersket nogen uenighed herom i de indlæg, der har været afgivet for Domstolen. Der er tale om det princip, der er blevet fastlagt i en velkendt række domme, som alle, alene med undtagelse af den belgiske regering, har henvist til, således sag 22/77, den første *Mura*-sag, Sml. 1977, s. 1699, sag 37/77, *Greco*-sagen, (ibid. s. 1711), sag 98/77, den første *Schaap*-sag, Sml. 1978, s. 707, sag 105/77, *Boerboom-Kersjes*-sagen, (ibid. s. 717), og sag 236/78, den anden *Mura*-sag, Sml. 1979, s. 1819. Disse afgørelser fastslår, at i en situation som den foreliggende er arbejdstageren i den medlemsstat, hvor spørgsmålet opstår, altid berettiget til det største af følgende beløb; enten den fulde pension, han måtte være berettiget til alene i medfør af lovgivningen i den nævnte medlemsstat, herunder også eventuelle antikumulationsbestemmelser, eller den pension, han måtte være berettiget til i medfør af forordning nr. 1408/71 i det hele, herunder artikel 12, stk. 2, 2. pkt., der tilsidesætter nationale kumulationsforbud, samt artikel 46, stk. 3, der indeholder, hvad man kunne kalde Fællesskabets antikumulationsregel. (Der er afgørelser, der viser, at det i det væsentlige er det samme princip, der er kommet til udtryk i anvendelsen af den gamle forordning nr. 3 — se især sag 26/78 *Viola*-sagen (Sml. 1978, 1771). Hvis D'Amicos stilling virkelig var den, at et belgisk forbud mod kumulation af ydelser berøvede ham enhver ret til belgisk pension, så ville han i Belgien være berettiget til en pension fastsat på grundlag af bestemmelserne i forordning nr. 1408/71, især artikel 46, uden hensyn til det belgiske forbud.

Spørgsmålet er nu, hvorvidt det samme princip lader sig anvende i den foreliggende sag, selv om D'Amicos belgiske pension blot er blevet afløst af en alderspension. De fleste indlæg her for Domstolen har i mere eller mindre stærke vendinger besvaret spørgsmålet med et »ja« under henvisning til artikel 43 i forordning nr. 1408/71 og til sag 180/78 *Brouwer-Kaune*-sagen (Sml. 1979, s. 2111). Ingen har hævdet det modsatte.

Artikel 43, der står at læse i forordningens kapitel 2, afsnit III, altså det kapitel, der angår »invaliditet«, har som overskrift »Overgang fra ydelser ved invaliditet til ydelser ved alderdom«. Bestemmelsen har tre stykker, hvoraf de to første lyder som følger:

»1. Ydelser ved alderdom skal i givet fald træde i stedet for ydelser ved invaliditet på de betingelser, der er fastsat i den eller de lovgivninger, hvorefter de pågældende ydelser er tilkendt, og i overensstemmelse med bestemmelserne i kapitel 3.

2. Enhver institution i en medlemsstat, som det påhviler at udrede ydelser ved invaliditet, skal fortsat yde en person, der modtager sådanne ydelser, og som kan gøre krav på ydelser i anledning af alderdom efter lovgivningen i andre medlemsstater i medfør af reglerne i artikel 49, de ydelser ved invaliditet han har ret til efter den for den pågældende institution gældende lovgivning, indtil det tidspunkt, da bestemmelserne i stk. 1 kommer til anvendelse for denne institutions vedkommende.«

(Domstolen vil have i erindring, at kapitel 3, der omfatter artiklerne 44 til 51, som overskrift har »Alderdom og dødsfald (pensioner)«, og at det i medfør af artikel 40 finder »tilsvarende anvendelse« på invaliditetsydelser, dog med undtagelse af de tilfælde, hvor den pågældende arbejdstager alene har været omfattet af de lovgivninger, der gør invaliditetsydelserne uafhængige af forsikringstidens længde — sædvanligvis kendt som lovgivninger af »type A«).

Artikel 43, stk. 3, rummer et forbehold, der alene angår de tilfælde, hvor invaliditetsydelserne er blevet tildelt i medfør af artikel 39. Det er min opfattelse, at stk. 3, ikke kaster mere lys over sagen end stk. 1 og 2.

Hvad stk. 1 og 2 klart viser, er, at forordningens koncipist har haft det tilfælde for øje, at en arbejdstager, der har oppebåret invaliditetsydelser fra flere medlemsstater, får sin invaliditetsydelse i en af disse medlemsstater afløst af en alderspension. Af stk. 2, fremgår udtrykkeligt, at arbejdstageren i dette tilfælde fortsat skal oppebære invaliditetsydelse i den eller de andre medlemsstater. Det forudsættes altså klart, at det forhold, at han fortsat oppebærer invalidepension, ikke kan begrunde, at han berøves den alderspension, der afløser hans invalidepension i en af de omhandlede medlemsstater.

Når der overhovedet opstår et problem, så skyldes det, at forordningen intetsteds fastslår, at inden for artikel 43's anvendelsesområde skal en heraf følgende samtidig ret til en invalide- og alderspension anses for at være »af samme art« i henseende til artikel 12, stk. 2, andet punktum.

Selv uden noget udtrykkeligt præjudikat ville jeg være kommet til det resultat, at en sådan bestemmelse må forudsættes for at undgå, hvad der ville være et absurd resultat — og hvad mere er, et resultat, der er uforeneligt med 7. og 8. betragtning i præamblen til forordning nr. 1408/71. Betragtningerne lyder således:

»De koordinationsregler, der er fastsat med henblik på gennemførelse af traktatens artikel 51, skal gøre det muligt for arbejdstagere, der flytter inden for Fællesskabet, at bevare de rettigheder og fordele, de har erhvervet, uden at reglerne fører til uberettigede dobbeltydelser;

for så vidt angår ydelser ved invaliditet, alderdom og dødsfald (pensioner), skal de pågældende kunne gøre krav på samtlige ydelser, de har erhvervet ret til i de enkelte medlemsstater; for at undgå at der, navnlig som følge af sammenfald af

forsikringsperioder og dermed ligestillede perioder, uberettiget opnås dobbeltydelser, er det dog nødvendigt som maksimum at fastsætte de højeste ydelsesbeløb, som en af de nævnte stater ville være forpligtet til at udbetale, såfremt arbejdstageren havde tilbagelagt sin samlede beskæftigelsestid dér.«

Der kan findes yderligere støtte for dette synspunkt i generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse og Domstolens dom i *Brouwer-Kaune*-sagen. Generaladvokat Capotorti fremhævde særligt, at selv om sagerne *Mura*, *Greco*, *Schaap* og *Boerboom-Kersjes* alle angik sammenfaldende ydelser af samme art, så havde Domstolen dog ikke udtrykkeligt begrænset sin afgørelse i disse sager til denne situation; generaladvokaten anførte videre, at disse afgørelser også måtte finde anvendelse i tilfælde, hvor der, jf. artikel 43, er tale om et sammenfald af en invalide- og alderpension. Tydeligvis delte Domstolen dette synspunkt. Generaladvokat Capotorti støttede i nogen grad sit indlæg på den 7. og 8. betragtning i præamblen til forordning nr. 1408/71, ligesom jeg gør det.

På sin vis var *Brouwer-Kaune*-sagen vanskeligere end nærværende sag. Efter sagens faktiske omstændigheder, således som disse forelå oplyst for den nederlandske domstol, der forelagde anmodningen, så havde fru *Brouwer-Kaune* ikke på noget tidspunkt samtidigt været berettiget til to invalidepensioner. Hendes tyske invalidepension var blevet afløst af en alderspension, før hun fik tildelt nederlandsk invalidepension. Hendes tilfælde var derfor ikke omfattet af ordlyden i artikel 43, stk. 2. Men Domstolen fandt, at bestemmelsen udviste et tomrum, der måtte udfyldes ved analogi. Domstolen tilføjede, at »såfremt denne løsning ikke lægges til grund, måtte det antages, at Rådet ikke fuldstændigt havde opfyldt sin forpligtelse efter traktatens artikel 51 til at træffe de foranstaltninger vedrørende social tryghed, der er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed«. Det samme ville være tilfældet her, dersom man nåede til det resultat, at artikel 12, stk. 2, andet punktum, ikke kunne fortolkes således, at det fandt anvendelse på sagen.

Tilbage står det problem, hvordan man bedst formulerer et svar på de spørgsmål, som Tribunal du travail de Charleroi i sin anmodning har stillet Domstolen. Problemet opstår, fordi spørgsmålene er så bredt formulerede og i visse henseender sagen uvedkommende. De har følgende ordlyd:

»Er artikel 25 i arrêté royal nr. 50 af 24. oktober 1967 (som ændret ved lov af 27. juli 1971, artikel 10) om alders- og efterladtepension til arbejdstagere forenelig med formålene i artiklerne 12, 46 og 50 i Rådets forordning nr. 1408/71 i et tilfælde, hvor en forhenværende arbejdstager der ikke er fyldt 60 år, er italiensk statsborger og bor i Belgien, og som dér på grundlag af 25 arbejdsår som minearbejder under jorden i Belgien har fået anerkendt en fuldstændig arbejdsperiode som minearbejder på $^{30}/_{30}$ og desuden i Italien på grundlag af en arbejdsperiode dér har fået tilkendt invalidepension?

Er i et tilsvarende tilfælde artikel 25 i arrêté royal af 24. oktober 1967 (som

ændret ved lov af 27. juli 1971, artikel 19) forenelig med artiklerne 48 til 51 i Rom-traktaten?

Er i et tilsvarende tilfælde artiklerne 12, 46 og 50 i Rådets forordning nr. 1408/71 forenelig med artiklerne 48 til 51 i Rom-traktaten?«

Jeg finder, at formuleringen af disse spørgsmål nødvendiggør følgende bemærkninger:

Det er for det første efter fællesskabsretten uden betydning, om vedkommende arbejdstager er over eller under 60 år gammel.

For det andet er nærværende Domstol ikke kompetent til i medfør af en anmodning efter artikel 177 at træffe afgørelse om, hvorvidt artikel 25 i den kongelige anordning måtte være forenelig eller uforenelig med fællesskabsretten. Hvis min fremstilling ovenfor af gældende ret er korrekt, så opstår dette spørgsmål dog ikke. Sagen er den, at dersom det offentliges repræsentant har ret når han hævder, at D'Amico i medfør af artikel 25 slet ikke er berettiget til nogen pension alene i medfør af belgisk ret, så er D'Amico berettiget til at fremsætte pensionskrav i Belgien i medfør af de relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71 uden hensyn til indholdet af artikel 25.

Det er for det tredje lidet sandsynligt, at artikel 50 i forordning nr. 1408/71 vedrører sagen. Jeg kunne forestille mig, at Tribunal du travail har henvist til artikel 50, fordi ONPTS tilsyneladende i sager vedrørende vandrende arbejdstagere har haft det som sin praksis, at anse den fulde belgiske pension som et »minimumsbeløb« i artiklens forstand og derfor har ydet et tillæg til udligning af differencen i de tilfælde, hvor summen af den belgiske pension efter at denne er blevet nedsat i overensstemmelse med ONPTS's tidligere omtalte praksis, og de beløb, der er blevet tillagt den pågældende af andre medlemsstater, viser sig at være mindre end summen af den fulde belgiske pension. Dette var ikke tilfældet i nærværende sag af den grund, at D'Amico's nedsatte belgiske pension og italienske pension tilsammen udgjorde et større beløb end hans fulde belgiske pension. Hvordan det nu end forholder sig, så er det min opfattelse, at Domstolen næppe kan føje noget til de bemærkninger om artikel 50, som den fremsatte i sag 64/77, *Torri*-sagen (Sml. 1977, s. 2299), som såvel ONPTS, som Rådet og Kommissionen har henvist til.

For det fjerde, dersom jeg har ret i min antagelse om, hvad der forudsætningsvis kan udledes af de omtalte bestemmelser i forordning nr. 1408/71, så rejser denne sag ikke noget spørgsmål om disse bestemmelsers forenelighed med traktatens artikler 48 til 51.

I stedet for at forsøge at give et direkte svar på spørgsmålene fra Tribunal du travail, vil jeg hellere foreslå Domstolen at søge at formulere en afgørelse, som på bedste måde kan være Tribunal du travail til hjælp ved sagens påkendelse. Afgørelsen kan udformes således:

Såfremt en arbejdstager i medfør af en antikumulationsregel i en medlemsstats lovgivning afskæres fra at oppebære en alderspension, som han ellers ville være berettiget til i medfør af denne medlemsstats lovgivning alene, skal medlemsstatens kompetente institution tildele ham den alderdomspension,

som han er berettiget til i medfør af bestemmelserne i artiklerne 44 til 51 i Rådets forordning nr. 1408/71. Hvor tildelingen af alderspension sker til afløsning af en invaliditetsydelse, skal enhver invaliditetsydelse, som arbejdstageren fortsat har krav på at få udbetalt fra en anden medlemsstat i medfør af forordningens artikel 43, stk. 2, anses for at være af samme art som alderspensionen i henseende til forordningens artikel 12, stk. 2.