FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 26. juni 2001 [1]

I — Indledning

1. Nærværende præjudicielle sag, som er indbragt af Sozialgericht Trier (Tyskland), vedrører anvendelsen af Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet [2], særlig artikel 67-71, på en statsborger fra et tredjeland, som er gift med en unionsborger og er bosiddende med denne i dennes oprindelsesstat. Hun har i samme land anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at hun har ret til arbejdsløshedsunderstøttelse efter at være blevet arbejdsløs i beskæftigelsesstaten Luxembourg.

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

2. Sagsøgeren i hovedsagen (herefter »sagsøgeren«) er polsk statsborger, gift med en tysk statsborger og siden april 1998 bosiddende i Tyskland.

3. Fra den 1. juli 1998 til den 22. december 1999 var hun beskæftiget med husligt arbejde i Storhertugdømmet Luxembourg. I januar 2000 meldte hun sig på arbejdsformidlingen i Trier som arbejdssøgende og ansøgte om at få udbetalt arbejdsløshedsunderstøttelse.

4. Efter meddelelse fra den luxembourgske arbejdsformidling om, at der ikke kunne udstedes en formular E 301 [3] til sagsøgeren, fordi hun var polsk statsborger, afslog sagsøgte i hovedsagen hendes ansøgning under henvisning til, at hun ikke opfyldte kravet om en forsikringsperiode. Hun havde således ikke i en periode på tre år forud for ansøgningen i mindst tolv måneder været omfattet af en tvungen forsikringsordning. Hun kunne desuden hverken

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Jf. Rådets forordning af 14.6.1971, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 af 2.12.1996 om ændring og ajourføring af forordning nr. 1408/71 og forordning (EØF) nr. 574/72, EFT 1997 L 28, s. 1.

3 — Formularen har til formål at attestere »de perioder, der skal tages i betragtning ved tilståelse af arbejdsløshedsydelser« med henblik på artikel 67, 68 og artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), og litra b), nr. ii), jf. afgørelse nr. 154 af 8.2.1994 om de blanketter, der skal benyttes ved anvendelsen af Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 og (EØF) nr. 574/72 (E 301, E 302 og E 303), EFT L 244, s. 123.

i sin egenskab af tredjelandsstatsborger eller på baggrund af fællesskabsbestemmelserne påberåbe sig den undtagelse, der gælder for grænsearbejdere.

5. Efter at hendes klage over denne afgørelse blev afvist som ubegrundet, anlagde sagsøgeren sag til prøvelse af denne afgørelse ved Sozialgericht Trier, idet hun gjorde gældende, at hun ikke kunne gøre krav på arbejdsløshedsunderstøttelse i Storhertugdømmet Luxembourg, selv om hun der havde været forsikringspligtig i mere end et år, idet hun ikke havde bopæl der. Hun kunne på grund af sit statsborgerskab heller ikke i Tyskland påberåbe sig de relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71. Den omtvistede afgørelse medførte ligeledes en begrænsning i ægtefællens ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, idet han, for at sagsøgeren kunne gøre krav på ydelser, ikke ville kunne bevare sin bopæl i Tyskland, men ville være tvunget til at tage bopæl i en anden medlemsstat.

6. Den forelæggende ret er af samme opfattelse som sagsøgeren og har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Skal den fortolkning af artikel 2, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366), som De Europæiske Fællesskabers Domstol fastlagde i dommen af 23. november 1976 (Sml. s. 1669), fortsat være gældende, selv om den også fører til en indirekte begrænsning af den frie bevægelighed for en statsborger i en medlemsstat? «

7. Den østrigske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen har deltaget i retsforhandlingerne. Domstolen vil træffe afgørelse uden mundtlig forhandling.

III — De relevante retsregler

a) *De relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71*

8. I forordningens artikel 2, stk. 1 og 2, lyder bestemmelserne om personkreds som følger:

»Denne forordning finder anvendelse på arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, som er eller har været omfattet af lovgivningen i en eller flere medlemsstater, og som er statsborgere i en af disse stater

eller er statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område, samt på deres familiemedlemmer og efterladte [4].

Denne forordning finder endvidere anvendelse på efterladte efter arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende, som har været omfattet af lovgivningen i en eller flere medlemsstater, uanset disse arbejdstageres eller selvstændige erhvervsdrivendes nationalitet, såfremt deres efterladte er statsborgere i en medlemsstat eller er statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område.«

9. Artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), lyder som følger:

»Grænsearbejdere, der er helt arbejdsløse, modtager ydelser efter lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område de er bosat, som om de under deres seneste beskæftigelse havde været omfattet af denne lovgivning; disse ydelser udbetales af bopælsstedets institution for denne institutions regning.«

4 — Ordlyden af denne bestemmelse blev udvidet ved Rådets forordning (EF) nr. 307/1999 af 8.2.1999, idet ordene »og studerende« blev indføjet i bestemmelsens første punktum, EFT L 38, s. 1.

b) *Europaaftalen mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side* [5]

10. Artikel 37 og 38 i denne aftale lyder som følger:

»Artikel 37

1. På de betingelser og efter de retningslinjer, der gælder i hver af medlemsstaterne:

— behandles arbejdstagere af polsk nationalitet, som er lovligt beskæftiget på en medlemsstats område, på lige fod med medlemsstatens egne statsborgere uden nogen i nationaliteten begrundet forskelsbehandling, for så vidt angår arbejdsvilkår, aflønning eller afskedigelse;

— har den lovligt bosiddende ægtefælle og børn af en på en medlemsstats område

5 — Jf. Rådets og Kommissionens afgørelse 93/743/Euratom, EKSF, EF af 13.12.1993 om indgåelse af europaaftalen mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side (EFT L 348, s. 1).

lovligt beskæftiget arbejdstager, med undtagelse af sæsonarbejdere og arbejdstagere, der er omfattet af bilaterale aftaler som omhandlet i artikel 41, medmindre andet er fastsat ved sådanne aftaler, adgang til denne medlemsstats arbejdsmarked i det tidsrum, hvor denne arbejdstager har arbejdstilladelse.

2. Polen indrømmer [...]

— [...]

2. Polen indrømmer [...]«

IV — Parternes argumentation

a) *Den østrigske regering*

Artikel 38

1. Med henblik på koordinering af de sociale sikringsordninger for arbejdstagere af polsk nationalitet, som er lovligt beskæftiget på en medlemsstats område, og for disses familiemedlemmer, som er lovligt bosiddende der, samt på de betingelser og efter de retningslinjer, der gælder i hver medlemsstat:

— sammenlægges alle tidsrum, i hvilke sådanne arbejdstagere har været forsikret eller beskæftiget eller har haft ophold i de forskellige medlemsstater, for så vidt angår pension og andre ydelser udbetalt på grund af alderdom, invaliditet og dødsfald, såvel som sygeforsorg for sådanne arbejdstagere og deres familiemedlemmer

11. Den østrigske regering påpeger, at en polsk statsborger kun i sin egenskab af familiemedlem eller efterladt til en arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, kan omfattes af forordningens personkreds, således som den er fastsat i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71. Det fremgår imidlertid af den nævnte Kermaschekdom [6], at bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 om ydelser i anledning af arbejdsløshed, særlig artikel 71, ikke finder anvendelse på tredjelandsstatsborgere, som er familiemedlemmer til en fællesskabsarbejdstager.

12. Den østrigske regering understreger, at denne dom blev bekræftet af dom af

6 — Dom af 23.11.1976, sag 40/76, Sml. s. 1669.

30. april 1996, Cabanis-Issarte [7], hvori Domstolen principielt reviderer sin holdning i Kermaschek-sagen, i hvilken den fastslog, at familiemedlemmer i medfør af forordning nr. 1408/71 kun kan påberåbe sig afledte rettigheder, og anfører, at:

»[...] en fællesskabsarbejdstagers ægtefælle ikke under henvisning til sin egenskab af arbejdstagerens familiemedlem [kan] gøre krav på at være omfattet af bestemmelserne i artikel 67-71 i forordning nr. 1408/71 [...]« [8].

13. Men også ud fra den synsvinkel, som den forelæggende ret anlægger, om en eventuel indskrænkning af den frie bevægelighed, er der i henhold til den østrigske regering ikke grundlag for at revidere Cabanis-Issarte-dommen, idet det nemlig fremgår af forelæggelseskendelsen, at ægtefællen til sagsøgeren er bosiddende i Tyskland og ikke har gjort krav på fri bevægelighed. Der kan således ikke være tale om en indskrænkning af den frie bevægelighed.

14. Den kendsgerning, at sagsøgeren ikke er omfattet af artikel 71 i forordning nr. 1408/71, begrænser på ingen måde hendes mands ret til fri bevægelighed, men er ensbetydende med, at man anerkender retten til en sådan fri bevægelighed for en tredjelandsstatsborger.

15. Den østrigske regering foreslår derfor, at det præjudicielle spørgsmål besvares således:

Familiemedlemmer til en arbejdstager, som er omfattet af forordning (EØF) nr. 1408/71, kan ikke påberåbe sig EF-traktatens artikel 39 eller denne forordning med krav om sociale sikringsydelser, som er knyttet til deres egen erhvervskarriere, såsom arbejdsløshedsunderstøttelse, hvis disse familiemedlemmer ikke selv opfylder kriterierne for at kunne betragtes som arbejdstagere i henhold til denne forordning.

b) *Det Forenede Kongeriges regering*

16. Det Forenede Kongeriges regering anfører indledningsvis, at sagens faktiske omstændigheder ikke vedrører en af ægtefællernes udøvelse af rettigheder, som indrømmes i henhold til fællesskabsretten. Særligt har sagsøgeren som tredjelandsstatsborger ikke krav på fri bevægelighed i henhold til artikel 39 EF. Det bestemmes i artikel 38 i europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side [9], at alle beskæftigelses- og forsikringstidsrum, i hvilke polske statsborgere, som er bosiddende eller beskæfti-

7 — Jf. dom af 30.4.1996, sag C-308/93, Sml. I, s. 2097, præmis 23.

8 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7), præmis 23.

9 — EFT 1993 L 348, s. 2.

get i mere end en medlemsstat, sammenlægges, dog kun for så vidt angår pension og andre ydelser udbetalt på grund af alderdom, invaliditet og dødsfald, såvel som sygeforsorg, men ikke arbejdsløshedsunderstøttelse. Retten til at arbejde eller bo i en medlemsstat forbliver inden for den enkelte medlemsstats kompetence.

17. Subsidiært anfører Det Forenede Kongerige, at den forelæggende ret foreslår Domstolen at fortolke artikel 2 i forordning nr. 1408/71 på en sådan måde, at rettighederne for en arbejdstagers familiemedlemmer uafhængigt af disses statsborgerskab svarer til de rettigheder, som en arbejdstager, der er fællesskabsborger, har.

18. Denne fortolkning er ikke forenelig med ordlyden af forordningens artikel 2, der entydigt omfatter to forskellige persongrupper (for det første arbejdstagerne, for det andet disses familiemedlemmer og efterladte), og er ikke nødvendig for at lette arbejdstagernes frie bevægelighed som omhandlet i traktaten.

19. Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at det ydermere fremgår af Domstolens praksis, at de i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 to nævnte persongrupper har forskellige rettigheder: Kun personer, som tilhører den første gruppe (arbejdstagere, som er statsborgere i en medlemsstat), kan personligt påberåbe sig »primære« rettigheder i henhold til artikel 39 EF, mens den afledte ret indrømmer arbejdstageres familiemedlemmer visse rettigheder, hvorved det imidlertid handler om »afledte« rettigheder, som først og fremmest findes for at gøre det lettere at foretage et bopælsskift inden for Fællesskabet for arbejdstageren selv [10].

20. I Cabanis-Issarte-dommen har Domstolen ændret praksis fra Kermaschek-dommen: Den bevarer sondringen mellem arbejdstagerens rettigheder i henhold til forordningen og de rettigheder, som en arbejdstagers familiemedlemmer har, men sondrer ikke mellem, hvorvidt den pågældende ydelse er omfattet af »afledte rettigheder« i henhold til *national* ret, eller om de omhandlede *bestemmelser i forordning nr. 1408/71* er bestemmelser, som kun finder anvendelse på arbejdstagere eller på begge de i artikel 2, stk. 1, nævnte persongrupper.

21. Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at der ikke er grundlag for at ændre praksis. Den eneste grund, som Sozialgericht angiver til at ændre ved den hidtidige praksis, er, at dette er nødvendigt for at fremme den frie bevægelighed for en fællesskabsborger, der er ægtefælle til en person som sagsøgeren. Dette er imidlertid ikke tilfældet. For så vidt angår hr. Ruhr er der ingen grund til at antage, at den kendsgerning, at artikel 71 ikke finder anvendelse på hans hustru, har haft indflydelse på hans beslutning angående sit eget virke som arbejdstager eller selvstændig i Tyskland.

10 — Jf. Kermaschek-dommen (fodnote 6), præmis 7 og 9, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Reischl af 11.11.1976 i denne sag, Sml. 1976, s. 1682 og 1683.

22. Endelig bør Domstolen efter Det Forenede Kongeriges regerings opfattelse, i tilfælde af at den ændrer den retsopfattelse, som har været gældende i mere end et kvart århundrede, gøre dommen tidsbegrænset som i Cabanis-Issarte-sagen.

23. På grundlag af ovenstående foreslår Det Forenede Kongeriges regering Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål som følger:

En fællesskabsborgers ægtefælle kan ikke påberåbe sig sin status som familiemedlem til en arbejdstager for at forlange en anvendelse af artikel 67-71 i forordning nr. 1408/71.

c) *Kommissionen*

24. Kommissionen fastslår, at hovedsagen i det væsentlige svarer til hovedsagen i Kermaschek-sagen, og at der siden 1976 ikke er ændret væsentligt ved de relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71. Domstolen ville kun træffe en afgørelse, der afviger fra dommen i sag 40/76, såfremt argumenterne for en sådan ændring var meget overbevisende.

25. Den forelæggende ret fremsætter to argumenter: Domstolen har med Kermaschek-dommen ikke taget tilstrækkeligt hensyn til de eventuelle konsekvenser, som dommen måtte have for ægtefællen, som er statsborger i en medlemsstat, og dennes ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet. Desuden kunne udviklingen i fællesskabsretten inden for de sidste to årtier være en nærliggende årsag til en ændring i retspraksis med hensyn til tredjelandsstatsborgere.

26. I den forbindelse går Kommissionen i første række ud fra, at sagsøgerens ægtemand ikke er vandrende arbejdstager, som omhandlet i forordning nr. 1408/71, og tilsyneladende heller ikke har til hensigt i den nærmeste fremtid at gøre brug af sin ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet.

27. Nærværende sag drejer sig om, hvorvidt en tredjelandsstatsborger kan påberåbe sig en personlig ret til fri bevægelighed, hvilket i så fald vil føre til en tilsvarende anvendelse af artikel 67-71 i forordning nr. 1408/71. En sådan generel rettighed indrømmes imidlertid ikke i øjeblikket. I sager, hvor en fællesskabsborgers rettigheder ikke berøres, er den kendsgerning, at en tredjelandsstatsborger er gift med en fællesskabsborger, principielt irrelevant, og sådanne sager skal ikke vurderes anderledes end sager med en enlig tredjelandsstatsborger. Kommissionen anfører hertil, at den har forelagt Rådet et forslag med henblik på at lade tredjelandsstatsborgere, der på lovlig vis opholder sig i en medlemsstat,

være omfattet af de sociale bestemmelser til sikring af arbejdstageres og selvstændige erhvervsdrivendes frie bevægelighed inden for Fællesskabet [11]. Det drejer sig imidlertid om en fri lovgivningsmæssig beslutning, eftersom EF-traktaten ikke stiller nogen krav herom, men kun åbner mulighed herfor.

28. Derudover tager Kommissionen også hensyn til artikel 37, stk. 1, første led, artikel 38, stk. 1, artikel 39, stk. 1, og artikel 42 i europaaftalen mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side.

29. Artikel 37, stk. 1, første led, forbyder »[p]å de betingelser og efter de retningslinjer, der gælder i hver af medlemsstaterne [...] for så vidt angår arbejdsvilkår, aflønning eller afskedigelse« en i nationaliteten begrundet forskelsbehandling.

30. Da pligten til eller muligheden for arbejdsløshedsforsikring er en del af enhver arbejdstagers arbejdsvilkår, ville det, såfremt sagsøgeren havde været bosiddende i Luxembourg og havde gjort sine krav gældende der, klart have været i strid med artikel 37 at nægte hende ydelser fra arbejdsløshedsforsikringen. I nærværende sag er spørgsmålet imidlertid, om det faktum, at hun er bosiddende i Tyskland, hvor hun aldrig har arbejdet, ville føre til en anden vurdering, idet hun ikke gør krav gældende over for den luxembourgske, men over for den tyske arbejdsløshedsforsikring.

31. Ordlyden af europaaftalens artikel 37, stk. 1, er ikke tvingende til hinder for, at bestemmelsen fortolkes i en sådan retning, at den — under særlige omstændigheder — ligeledes medfører forpligtelser for bopælsstaten, idet det fremgår, at »arbejdstagere af polsk nationalitet [...] behandles [...] uden nogen [...] forskelsbehandling«. Det fremgår altså ikke af denne artikel, hvem der skal behandle dem som nationale statsborgere. Der er på ingen måde tale om, at det udelukkende er beskæftigelsesstaten, om end det i reglen forholder sig sådan. Efter Kommissionens opfattelse er det alene afgørende, om der er tale om retskrav i forbindelse med arbejdsvilkår, aflønning eller afskedigelse, og ikke om retskrav, der knytter sig til bopælen (f.eks. krav om socialhjælp).

32. Den omstændighed, at en tysk statsborger i samme situation i henhold til artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), eller i givet fald litra b), nr. ii), ville kunne rejse krav over for den tyske arbejdsløshedsforsikring i forbindelse med sit arbejdsforhold i Luxembourg, må i overensstemmelse med

11 — EFT 1998 C 6, s. 15.

reglen om national behandling i henhold til europaaftalens artikel 37, stk. 1, føre til, at en sådan mulighed også indrømmes en polsk statsborger.

33. Denne fortolkning er dog ikke forenelig med opbygningen af kapitlet om den frie bevægelighed og ordlyden af europaaftalens artikel 38, stk. 1, første led, hvorefter der skal ske sammenlægning af alle forsikrings-, beskæftigelses- og opholdstidsrum, uden at arbejdsløshedsforsikring imidlertid nævnes. Denne kan altså heller ikke være omfattet af europaaftalens artikel 37.

34. Artikel 37 omfatter altså — trods sin mere brede formulering — rent faktisk kun rettigheder over for beskæftigelsesmedlemsstaten, mens artikel 38 gælder faktiske omstændigheder, som kræver en »koordination« mellem medlemsstaterne, idet disse omstændigheder netop ikke blot vedrører en enkelt medlemsstat i sin egenskab af beskæftigelsesstat, men flere medlemsstater. Det er ikke kun nødvendigt med en »koordination« mellem medlemsstaterne i de situationer, der er udtrykkeligt angivet i artikel 38 vedrørende kumulering af rettigheder, som er erhvervet i forskellige medlemsstater. Det er først for alvor nødvendigt, når det som i det tilfælde, der er anført i artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), eller litra b), nr. ii), i forordning nr. 1408/71, drejer sig om at erstatte visse rettigheder over for en bestemt medlemsstat med andre rettigheder, som er erhvervet over for en anden medlemsstat. Det er helt i overensstemmelse med denne fortolkning af europaaftalens artikel 37 og 38, at polske arbejdstagere ikke har ret til fri bevægelighed i Det Europæiske Fællesskab, og at de derfor ikke er omfattet af bestemmelserne i forordning nr. 1408/71, eller at disse bestemmelsers anvendelsesområde, medmindre der træffes en udtrykkelig afgørelse i denne henseende, ikke kan udvides til også at omfatte polske arbejdstagere i kraft af europaaftalens artikel 37. Da arbejdsløshedsforsikring ikke nævnes i artikel 38, har polske arbejdstagere i øjeblikket ingen rettigheder i henhold til artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), eller litra b), nr. ii), i forordning nr. 1408/71.

35. Kommissionen understreger, at der kun i den nationale luxembourgske lovgivning kan findes en løsning på det fuldt ud berettigede krav fra sagsøgeren, eventuelt efter et sagsanlæg ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i Strasbourg.

36. På grundlag af ovenstående foreslår Kommissionen, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål som følger:

På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin har polske statsborgere, herunder ægtefæller til statsborgere i en medlemsstat, i tilfælde af arbejdsløshed ikke krav på ydelser fra bopælsstaten i henhold til artikel 71 i forordning nr. 1408/71.

V — Vurdering

37. Den forelæggende ret ønsker at vide, om sagsøgeren kan påberåbe sig bestemmelserne i artikel 67-71 i forordning nr. 1408/71.

38. Forordningens artikel 2, stk. 1, definerer personkredsen som følger:

»Denne forordning finder anvendelse på arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, som er eller har været omfattet af lovgivningen i en eller flere medlemsstater, og *som er statsborgere i en af disse stater* eller er statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område, samt på deres familiemedlemmer og efterladte« [12].

39. Det må på baggrund af Domstolens hidtidige praksis antages, at der i forbindelse med arbejdstagere og deres familiemedlemmer er tale om to principielt adskilte persongrupper. I Kermaschekdommen, som vedrørte forordningens artikel 2, stk. 1, udtalte Domstolen:

»Det fremgår allerede af den sideordning, som udtrykkes ved ordet 'samt', at denne bestemmelse omfatter to klart forskellige persongrupper: Dels arbejdstagere, dels deres familiemedlemmer og efterladte. Kun statsborgere fra en medlemsstat, statsløse eller flygtninge, som er eller har været omfattet af en social sikringsordning i en eller flere medlemsstater, anses [for] arbejdstagere. Mens personerne i den første gruppe har en selvstændig ret til de i forordningen angivne ydelser, har personerne i den anden gruppe kun en afledet ret, som de har erhvervet som medlemmer af en arbejdstagers familie eller som dennes efterladte, dvs. en ret, som er afledt fra en person i den første gruppe.

Denne fortolkning bekræftes af artikel 2, stk. 2 [13], som bestemmer, at arbejdstagere, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, alligevel ligestilles med disse statsborgere, for så vidt angår deres efterladtes rettigheder, hvis disse sidstnævnte er statsborgere i en medlemsstat eller er statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område. Denne fortolkning bekræftes yderligere af den omstændighed, at der i forordningens artikel 1 ligeledes klart sondres mellem arbejdstagere på den ene side og familiemedlemmer på den anden, idet artiklen selv definerer begreberne 'arbejdstager', 'græn-

12 — Min fremhævelse.

13 — Jf. vedrørende ordlyden punkt 8 ovenfor.

searbejder', og 'sæsonarbejder' under litra a), b) og c), mens derimod der med hensyn til definitionen af udtrykkene 'familiemedlem' og 'efterladte' i litra f) og g) henvises til definitionen i de nationale lovgivninger« [14].

40. Selv om den første persongruppe er blevet udvidet ved forordning nr. 307/1999 om ændring af forordning nr. 1408/71 [15], bør man vel fastholde denne principielle sondring mellem denne gruppe og familiemedlemmerne, som er den anden persongruppe, der er omfattet af denne bestemmelse. Denne vurdering bekræftes ligeledes af Cabanis-Issarte-dommen [16], hvori Domstolen udtalte:

»Artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71, som afgrænser den af forordningen omfattede personkreds, angår to klart adskilte persongrupper: arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende på den ene side og deres familiemedlemmer og efterladte på den anden side. De førstnævnte skal, for at være omfattet af forordningen, være statsborgere i en medlemsstat, statsløse eller flygtninge bosat på en medlemsstats område; derimod gælder der ingen nationalitetsbetingelse for familiemedlemmer til eller efterladte efter arbejdstagere, der er fællesskabsborgere, for at forordningen skal kunne finde anvendelse på dem« [17].

41. På grund af sit polske statsborgerskab hører sagsøgeren uden tvivl ikke til den i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 først definerede persongruppe. Som ægtefælle til en unionsborger kan hun som familiemedlem imidlertid høre til den anden i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 nævnte persongruppe. Det fremgår ganske vist ikke af den præjudicielle forelæggelse, om og i hvilken egenskab (arbejdstager, selvstændig erhvervsdrivende osv.) den tyske ægtefælle til sagsøgeren er omfattet af forordningens artikel 2, stk. 1. Da den forelæggende ret i sin argumentation henviser til en indirekte hindring af ægtefællens frie bevægelighed, må vi imidlertid for den efterfølgende argumentation antage, at han personligt opfylder kriterierne for at være omfattet af forordningens artikel 2, stk. 1, således at sagsøgeren i sin egenskab af dennes familiemedlem bliver omfattet af den anden persongruppe, der er anført i forordningens artikel 2, stk. 1.

42. Spørgsmålet er nu, hvorvidt hun, fordi hun som familiemedlem i henhold til artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 er omfattet af forordning nr. 1408/71, kan påberåbe sig forordningens artikel 67-71,

14 — Jf. Kermaschek-dommen (fodnote 6), præmis 7 og 8.

15 — Jf. fodnote 4.

16 — Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7).

17 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7), præmis 21.

eller med andre ord, om hun kan anvende de særbestemmelser for grænsearbejdere, der er fastsat i artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), i hvilken arbejdsforvaltningen i bopælsstaten udpeges som kompetent organ i forbindelse med udbetaling af arbejdsløshedsydelser.

43. Dette spørgsmål kan på baggrund af Domstolens hidtidige praksis [18] besvares relativt entydigt, og det negativt, hvilket ligeledes er parternes enstemmige opfattelse.

44. Hvad angår de for denne sag relevante bestemmelser i forordning nr. 1408/71 vedrørte Kermaschek-dommen en med hensyn til de faktiske omstændigheder lignende situation.

»[...] Fru Kermaschek, der var jugoslavisk statsborger, stillede krav om at være omfattet af bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 om sammenlægning af forsikrings- eller beskæftigelsesperioder for at få ret til ydelser ved arbejdsløshed. Hun kunne herved ikke påberåbe sig sin egenskab af arbejdstager i Tyskland, fordi hun var statsborger i et tredjeland. Hun kunne heller ikke påberåbe sig sin egenskab af ægtefælle til en tysk arbejdstager, fordi de pågældende fællesskabsbestemmelser udelukkende fandt anvendelse på arbejdstagere« [19].

45. I Kermaschek-dommen sondrede Domstolen mellem selvstændige og afledte rettigheder, som henholdsvis kunne påberåbes af den første eller den anden af de i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 omhandlede persongrupper [20]. Domstolen kom med hensyn til påberåbelsen af artikel 67 ff. i forordning nr. 1408/71 til følgende konklusion:

»Det følger heraf, at hovedformålet med artikel 67 til 70 i forordning nr. 1408/71 kun er at samordne de krav på ydelser ved arbejdsløshed, som i medfør af medlemsstaternes nationale lovgivninger tilkommer arbejdstagere, der er statsborgere i en medlemsstat. Sådanne arbejdstageres familiemedlemmer har kun ret til ydelser, der efter disse lovgivninger tilkommer arbejdsløse arbejdstageres familiemedlemmer, idet disse familiemedlemmers nationalitet herved er uden betydning« [21].

46. Overfører man disse konklusioner til nærværende sag, følger det, at forordningens artikel 71 ikke kan give sagsøgeren

18 — Jf. Kermaschek-dommen (fodnote 6), Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7) og dom af 10.10.1996, forenede sager C-245/94 og C-312/94, Hoever og Zachow, Sml. I, s. 4895.

19 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7), præmis 24.

20 — Jf. præmis 7 i Kermaschek-dommen (citeret i punkt 39).

21 — Kermaschek-dommen (fodnote 6), præmis 9.

nogen ret til arbejdsløshedsydelser over for den tyske arbejdsforvaltning, fordi disse bestemmelsers »hovedformål kun er at samordne rettigheder til ydelser ved arbejdsløshed, som i henhold til medlemsstaternes nationale lovgivninger udbetales til arbejdstagere, der er statsborgere i en medlemsstat, og ikke til deres familiemedlemmer« [22].

47. I forbindelse med retspraksis efter Kermaschek-dommen har Domstolen i første omgang fastholdt sin sondring mellem selvstændige og afledte rettigheder med henblik på fastsættelse af bestemmelsernes anvendelsesområde på de to persongrupper, der i henhold til forordningens artikel 2, stk. 1, skal adskilles [23].

48. Domstolen har i Cabanis-Issarte-dommen imidlertid principielt stillet spørgsmålstegn ved denne sondring under henvisning til, at den »kan have til følge, at der gøres indgreb i det grundlæggende krav i fællesskabsretsordenen, som den ensartede anvendelse af disse regler udgør, ved at gøre deres anvendelighed på borgerne afhængig af, om der i henhold til den nationale lovgivning, der gælder for de pågældende ydelser, er tale om en selvstændig rettighed eller en afledt rettighed i henhold til de nærmere bestemmelser i den nationale sociale sikringsordning« [24].

49. Dette gav følgelig Domstolen anledning til at begrænse rækkevidden af den retspraksis, der følger af Kermaschek-dommen hvad angår sondringen mellem selvstændige og afledte rettigheder, til alene at omfatte de faktiske forhold, der er beskrevet i Kermaschek-sagen [25].

50. Selv om man strengt taget bør gå ud fra det princip, at Domstolen med Cabanis-Issarte-dommen har relativiseret sin sondring mellem selvstændige og afledte rettigheder betydeligt, hvilket også bekræftes af Hoever og Zachow-dommen vedrørende familieydelser, hvori Domstolen har bestemt, at »sondringen mellem selvstændige og afledte rettigheder principielt ikke finder anvendelse på familieydelser« [26], så har den hvad angår sådanne faktiske omstændigheder, som lå til grund for Kermaschek-sagen, ikke desto mindre udtrykkeligt fastholdt dommens resultat, hvilket følger såvel af Cabanis-Issarte-dommen [27] som af Hoever og Zachow-dommen [28].

51. Da nærværende sag vedrører faktiske omstændigheder, der er sammenlignelige med de faktiske omstændigheder i Kermaschek-sagen, må man på baggrund af den hidtidige retspraksis gå ud fra, at sagsøgeren i sin egenskab af familiemedlem ikke kan påberåbe sig artikel 67-71 i forordning nr. 1408/71 for at gøre krav på

22 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7), præmis 23.

23 — Jf. dom af 6.6.1985, sag 157/84, Frascogna, Sml. s. 1739, af 20.6.1985, sag 94/84, Deak, Sml. s. 1873, af 17.12.1987, sag 147/87, Zaoui, Sml. s. 5511, af 8.7.1992, sag C-243/91, Taghavi, Sml. I, s. 4401, og af 27.5.1993, sag C-310/91, Schmid, Sml. I, s. 3011.

24 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7), præmis 31.

25 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7), præmis 34.

26 — Jf. Hoever og Zachow-dommen (fodnote 18), præmis 33.

27 — Jf. præmis 23 og 24 i dommen (fodnote 7).

28 — Jf. præmis 32 i dommen (fodnote 18).

arbejdsløshedsydelser i sin bopælsstat uden at have opfyldt kravene med hensyn til den opholdsperiode, der i henhold til denne stats retsorden giver adgang til ydelser.

52. Spørgsmålet er derfor nu blot, om der foreligger vægtige grunde til at stille spørgsmålstegn ved den hidtidige retspraksis og i givet fald ændre denne.

53. I første omgang skal den forelæggende rets henvisning til tidsaspektet [29] i den retspraksis, som er fastlagt i Kermaschek-dommen, gennemgås. Det er der flere årsager til. Der er således som omtalt ovenfor blevet stillet betydeligt spørgsmålstegn ved den for næsten 25 år siden etablerede retspraksis [30].

54. Det kan rent abstrakt betragtet påstås, at fællesskabsrettens dynamiske karakter absolut kan give anledning til at stille spørgsmålstegn ved et begreb, der blev skabt for 25 år siden i retspraksis, navnlig når Fællesskabets grundlæggende frihedsrettigheder, herunder den frie bevægelighed, ville kunne fremmes på bedre vis, hvilket den forelæggende ret tilsyneladende vurderer.

55. Endelig er der i den mellemliggende tid også på lovgivningsplan sket en række ændringer, som strækker sig fra ændringer i den primære fællesskabsret til den konkrete udvidelse af artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71.

56. Ikke desto mindre kan man, på grundlag af disse overvejelser alene, ikke påstå, at Kermaschek-dommen ikke længere er relevant, eftersom Domstolen i 1996 udtrykkeligt og endda to gange har bekræftet denne dom [31].

57. Den forelæggende rets saglige argument om den indirekte begrænsning af retten til fri bevægelighed for ægtefællen, der er fællesskabsborger, forekommer derimod at være mere holdbart. Imidlertid siges der intet om, hvorvidt sagsøgerens tyske ægtefælle, der er bosiddende i Tyskland, overhovedet nogensinde har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, således som den indrømmes ham i medfør af traktaten. Det er derfor fuldstændig uafklaret, hvorvidt han skal betragtes som vandrende arbejdstager, og om han er omfattet af personkredsen i forordning nr. 1408/71. Den abstrakte mulighed for, at han på et tidspunkt kan gøre brug af sin ret, hvilket er en potentiel mulighed for enhver fællesskabsborger, er ikke tilstrækkelig til at begrunde en så vidtrækkende retsfølge, som den faktiske ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet for en ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, udgør. Den konkrete situation i hovedsagen er derfor yderst uegnet til at give Domstolen anledning til at ændre sin hidtidige retspraksis.

29 — I den forelæggende rets præjudicielle forelæggelse hedder det afslutningsvis: »Eftersom det på denne baggrund er tvivlsomt, om EF-Domstolen fortsat vil fastholde principperne i dommen fra 1976, som er omtalt under punkt 2, er en — ny — forelæggelse således påkrævet«.

30 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7) og Hoever og Zachow-dommen (fodnote 18).

31 — Jf. Cabanis-Issarte-dommen (fodnote 7) og Hoever og Zachow-dommen (fodnote 18).

58. Man kan imidlertid stille det berettigede spørgsmål, hvorvidt sagsøgeren ikke på baggrund af et andet retsgrundlag ville kunne opnå de ansøgte ydelser i forbindelse med arbejdsløshed. Såvel Det Forenede Kongeriges regering som Kommissionen henviser i denne henseende til europaaftalen mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side. Artikel 37 heri fastslår princippet om ligebehandling for polsk arbejdskraft, mens artikel 38 fastsætter en koordinering af de sociale sikringsordninger inden for bestemte områder af den sociale sikring.

59. Det er påfaldende, at ydelser i forbindelse med arbejdsløshed ikke nævnes i aftalens artikel 38, men kun ydelser i forbindelse med alderdom, invaliditet og dødsfald, såvel som sygeforsorg. Kommissionen har henvist til, at koordineringen af arbejdsløshedsforsikring i givet fald kunne være genstand for en fremtidig beslutning fra associeringsrådet vedrørende fastsættelse af bestemmelser om koordinering af de sociale sikringsordninger. Deraf følger imidlertid, at der efter gældende ret endnu ikke eksisterer en sådan koordinering.

60. Hvad angår ligebehandlingsprincippet i medfør af europaaftalens artikel 37 bør man følge Kommissionens analyse, hvoraf det fremgår, at bestemmelsen henvender sig til beskæftigelsesstaten. Der kan derfor heller ikke på baggrund af denne bestemmelse rejses krav om ydelser i forbindelse med arbejdsløshed over for bopælsstaten Tyskland. Denne analyse henviser imidlertid til beskæftigelsesstaten og dermed til sagens egentlige problem, nemlig at sagsøgeren har udøvet en forsikringspligtig erhvervsmæssig beskæftigelse i Luxembourg og med stor sandsynlighed har indbetalt bidrag til arbejdsløshedsforsikringen i Luxembourg, der ved forsikringsbegivenhedens indtræden imidlertid har nægtet at udbetale ydelser under henvisning til den udenlandske bopæl. Det drejer sig her om en urimelig situation, som man typisk møder i forbindelse med grænsearbejdere.

61. Det drejer sig efter min opfattelse om et problem om ligebehandling af arbejdstageren i forhold til beskæftigelsesstaten. At henvise til, at grænsearbejdere har bopæl i udlandet, kan i givet fald udgøre en indirekte forskelsbehandling, som eventuelt ikke kan begrundes, når grænsearbejderen forbliver til rådighed for beskæftigelsesstatens arbejdsformidling, hvilket man umiddelbart kan gå ud fra, når vedkommende allerede har haft erhvervsmæssig beskæftigelse i den pågældende stat.

62. Over for en lignende problemstilling, der opstod inden for rammerne af den tyske retsorden, har Bundesverfassungsgericht reageret ved at beslutte, at udlændinge fra tredjelande med bopæl tæt ved grænsen i tilfælde af arbejdsløshed har ret til de offentlige ydelser, der er fastsat i Forbundsrepublikken, når de har mistet deres arbejde i Tyskland og har været forpligtede til at være tilsluttet arbejdsløshedsforsikringen [32], hvilket er en afgørelse, som den forelæggende ret udtrykkeligt har gjort opmærksom på.

32 — Bundesverfassungsgericht's kendelse af 30.12.1999, 1 BvR 809/95, offentliggjort i RIW 2000, s. 299.

63. Den forelæggende ret kan i det foreliggende tilfælde næppe anvende en lignende løsning, fordi dette indebærer en analyse af den luxembourgske retsorden.

64. Der kan på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin imidlertid ikke slås bro mellem den luxembourgske retsorden og den tyske retsorden (selv om det ville være nok så ønskværdigt i det foreliggende tilfælde).

65. Det forelagte spørgsmål bør derfor besvares med, at Domstolens fortolkning af artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 i sin dom af 23. november 1976, Kermaschek (sag 40/76), på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin fortsat er gældende, særlig med hensyn til forordningens artikel 67-71.

VI — Forslag til afgørelse

66. På baggrund af de anførte betragtninger skal jeg herefter foreslå, at det præjudicielle spørgsmål besvares således:

»Domstolens fortolkning af artikel 2, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, i sin dom af 23. november 1976, Kermaschek (sag 40/76), er på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin fortsat gældende, særlig med hensyn til forordningens artikel 67-71.«