FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 26 juni 2001 [1]

I — Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Sozialgericht Trier (Tyskland) rör tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen [2], särskilt artiklarna 67—71, på en medborgare i tredje land som är gift med en unionsmedborgare och tillsammans med honom är bosatt i dennes hemland. Klaganden yrkar att få arbetslöshetsunderstöd efter det att hon blivit arbetslös i anställningsstaten Luxemburg.

II — Bakgrund och förfarande

2. Klaganden i målet vid den nationella domstolen (nedan kallad klaganden) är polsk medborgare, gift med en tysk medborgare och sedan april 1998 bosatt i Tyskland.

3. Under tiden 1 juli 1998 till 22 december 1999 arbetade hon som hushållerska i Storhertigdömet Luxemburg. I januari 2000 anmälde hon sig som arbetslös på arbetsförmedlingen i Trier och ansökte om arbetslöshetsersättning.

4. Arbetsmarknadsförvaltningen i Luxemburg meddelade klaganden att man inte kunde utfärda blanketten E 301 [3] till henne, då hon var polsk medborgare. Motparten i målet vid den nationella domstolen avslog klagandens ansökan med motiveringen att hon inte hade fullgjort försäkringsperioden. Klaganden hade nämligen inte under de tre närmast föregående åren som föregick ansökan i minst tolv månader utfört arbete som omfattades av obligatorisk försäkring. Motparten angav vidare att klaganden inte

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Jämför förordning nr 1408/71 i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 om ändring och uppdatering av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 28, 30.1.1997, s. 1).

3 — Blanketten tjänar till "att intyga perioder som skall beaktas vid beviljande av arbetslöshetsförmåner" med avseende på artiklarna 67, 68, 71.1 a ii och artikel 71.1 b ii; jämför beslut nr 154 av den 8 februari 1994 om de blanketter som behövs för tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 och förordning (EEG) nr 574/72 (E 301, E 302 och E 303) (EGT L 244, s. 123).

omfattas av undantagsbestämmelsen för gränsarbetare och inte heller av bestämmelser i gemenskapsrätten, eftersom hon är medborgare i tredje land.

5. Efter det att klagandens överklagande av motpartens beslut hade avslagits överklagade klaganden beslutet till Sozialgericht Trier. Klaganden gjorde gällande att hon trots den omständigheten att hon under mer än ett år i Luxemburg utfört arbete som omfattades av obligatorisk försäkring inte har någon rätt till arbetslöshetsersättning i Luxemburg av det skälet att hon inte var bosatt där. Klaganden anförde vidare att hon på grund av sin nationalitet inte heller kan åberopa de relevanta bestämmelserna i förordning nr 1408/71 i Tyskland. Slutligen anförde klaganden att det omtvistade beslutet kränker hennes makes rätt till fri rörlighet inom gemenskapen, eftersom maken inte kan behålla sitt hemvist i Tyskland, utan är tvungen att flytta till en annan medlemsstat för att klaganden i målet vid den nationella domstolen skall kunna få förmånerna i fråga.

6. Sozialgericht Trier, som instämde i klagandens argument, beslutade att förklara målet vilande och begära ett förhandsavgörande från domstolen beträffande följande fråga:

"Är den tolkning av artikel 2.1 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2), vilken domstolen gjorde i en dom av den 23 november 1976 (REG 1976, s. 1669), fortfarande bindande även om denna tolkning innebär en indirekt begränsning av den fria rörligheten för en medborgare i en medlemsstat?"

7. Den österrikiska och den brittiska regeringen liksom kommissionen har deltagit i förfarandet. Domstolen kommer att fatta beslut utan muntliga förhandlingar.

III — Tillämpliga bestämmelser

a) *De relevanta bestämmelserna i förordning nr 1408/71*

8. Artikel 2.1 och 2.2, vari anges den personkrets som omfattas av förordningens tillämpningsområde, har följande lydelse:

"Denna förordning gäller anställda och egenföretagare, som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater och som är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyk-

tingar bosatta inom en medlemsstats territorium, samt deras familjemedlemmar och efterlevande. [4]

Denna förordning gäller dessutom efterlevande till anställda och egenföretagare som har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater, oavsett dessa anställdas eller egenföretagares medborgarskap, om deras efterlevande är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyktingar som är bosatta inom en medlemsstats territorium."

9. Artikel 71.1 a ii har följande lydelse:

"En gränsarbetare som är helt arbetslös skall få förmåner enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium han är bosatt som om han hade omfattats av denna lagstiftning då han senast var anställd. Dessa förmåner skall utges av institutionen på bosättningsorten på dess bekostnad."

b) *Europaavtalet mellan Europeiska gemenskaperna och deras medlemsstater, å ena sidan, och Republiken Polen, å andra sidan* [5]

10. Artiklarna 37 och 38 i avtalet har följande lydelse:

"Artikel 37

1. Om inte annat följer av de villkor och riktlinjer som gäller i var och en av medlemsstaterna

— skall arbetstagare av polsk nationalitet som är lagligen anställda inom en medlemsstats territorium behandlas på samma sätt som medlemsstatens egna medborgare, utan diskriminering på grund av nationalitet, beträffande arbetsförhållanden, avlöning eller avskedande,

— skall den lagligen bosatta maken/makan eller barnen till en arbetstagare

4 — Ordalydelsen i denna bestämmelse kompletterades genom rådets förordning (EG) nr 307/1999 av den 8 februari 1999 genom att orden "och studerande" upptogs i bestämmelsens första mening; jämför EGT L 38, 12.2.1999, s. 1.

5 — Jämför rådets och kommissionens beslut av den 13 december 1993 om ingående av Europaavtalet (EGT L 348, 31.12.1993, s. 1).

som är lagligen anställd inom en medlemsstats territorium, med undantag av säsongsarbetare och arbetstagare som omfattas av bilaterala avtal enligt artikel 41, såvida inte något annat fastställs i dessa avtal, äga tillträde till den medlemsstatens arbetsmarknad under den tid arbetstagaren har arbetstillstånd i denna.

2. Om inte annat följer ...

Artikel 38

1. I syfte att samordna de sociala trygghetssystemen för arbetstagare av polsk nationalitet som är lagligen anställda inom en medlemsstats territorium och för deras familjemedlemmar som är lagligen bosatta där och om inte annat följer av de villkor och riktlinjer som gäller i var och en av medlemsstaterna

— skall alla perioder då sådana arbetstagare har varit försäkrade, anställda eller bosatta i de olika medlemsstaterna läggas samman med tanke på pensioner och livräntor som utbetalas på grund av ålderdom, invaliditet och dödsfall samt läkarvård för sådana arbetstagare och deras familjemedlemmar,

— ...

2. Polen skall ..."

IV — Parternas argument

a) *Den österrikiska regeringen*

11. Den österrikiska regeringen har påpekat att en polsk medborgare enbart i egenskap av familjemedlem eller efterlevande till en arbetstagare som själv är medborgare i en medlemsstat kan tillhöra den personkrets som omfattas av förordningens tillämpningsområde, såsom denna personkrets anges i artikel 2.1 i förordning nr 1408/71. Av domen i målet Kermaschek [6] följer emellertid att bestämmelserna i förordning nr 1408/71 beträffande arbetslöshetsförmåner och särskilt artikel 71 i förordningen inte är tillämpliga på medborgare i tredje land som är familjemedlemmar till en arbetstagare från en medlemsstat.

12. Den österrikiska regeringen har understrukit att räckvidden av denna dom har

6 — Dom av den 23 november 1976 i mål 40/76 (REG 1976, s. 1669).

bekräftats i domen Cabanis-Issarte av den 30 april 1996,[7] i vilken domstolen allmänt såg över den ståndpunkt som domstolen intagit i målet Kermaschek, enligt vilken familjemedlemmar med stöd av förordning nr 1408/71 enbart kan göra anspråk på härledda rättigheter, och anförde att:

" ... [m]aken till en arbetstagare inom gemenskapen ... inte [kan] åberopa sin egenskap av familjemedlem till nämnda arbetstagare för att göra anspråk på rättigheter enligt bestämmelserna i artikel 67—71 i förordning nr 1408/71."[8]

13. Även med beaktande av den omständighet som anförts av den nationella domstolen, nämligen att rätten till fri rörlighet eventuellt hindras, finns det enligt den österrikiska regeringen inte någon anledning att se över domen i målet Cabanis-Issarte. Det framgår nämligen av begäran om förhandsavgörande att klagandens make är bosatt i Tyskland och inte har använt sig av sin rätt till fri rörlighet. Följaktligen kan det inte vara fråga om ett hinder av rätten till fri rörlighet.

14. I det föreliggande fallet skulle omständigheten att artikel 71 i förordning 1408/71 inte tillämpas på klaganden i målet vid den nationella domstolen inte medföra att makens rätt till fri rörlighet kränks, utan skulle innebära detsamma som att medge att en sådan rättighet tillkommer en medborgare i tredje land.

15. Följaktligen har den österrikiska regeringen föreslagit att domstolen meddelar följande dom:

"Familjemedlemmar till en anställd som omfattas av förordning (EEG) nr 1408/71 kan inte göra anspråk på förmåner enligt artikel 39 i EG-fördraget eller enligt denna förordning för att begära sociala trygghetsförmåner som såsom arbetslöshetsförmåner sammanhänger med deras egen karriär, om dessa familjemedlemmar själva inte uppfyller kriterierna för en anställd i den mening som avses i denna förordning."

b) *Den brittiska regeringen*

16. Inledningsvis har den brittiska regeringen noterat att den faktiska situation som ligger till grund för målet inte rör utövandet av en rättighet som tillkommer den ena eller den andra maken enligt gemenskapens rättsordning. I synnerhet kan klaganden inte åberopa rätten till fri rörlighet enligt artikel 39 EG, då hon är medborgare i tredje land. Vad gäller Europaavtalet mellan Europeiska gemenskaperna och deras medlemsstater, å ena sidan, och Republiken Polen å andra sidan,[9] föreskrivs i artikel 38 i avtalet att perioder då polska medborgare, som är lagligen anställda eller lagligen bosatta i mer än en medlemsstat, har varit

7 — Jämför dom av den 30 april 1996 i målet C-308/93, Cabanis-Issarte (REG 1996, s. I-2097), punkt 23.

8 — Ibidem.

9 — EGT L 348, 1993, s. 2.

anställda eller försäkrade skall läggas samman, men detta enbart med tanke på förmåner som beviljas på grund av ålderdom, dödsfall och sjukdom och inte med tanke på arbetslöshetsförmåner; kompetensen att bestämma över rätten att arbeta eller att bosätta sig i en medlemsstat ligger kvar hos varje medlemsstat.

17. Vidare har den brittiska regeringen anfört att den nationella domstolen anmodat domstolen att tolka artikel 2 i förordning nr 1408/71 på ett sätt som skulle leda till att rättigheter som tillkommer familjemedlemmar till arbetstagare, oavsett dessa familjemedlemmars nationalitet, jämställs med rättigheter som tillkommer en arbetstagare inom gemenskapen.

18. Denna tolkning är oförenlig med ordalydelsen i artikel 2 i förordningen som tydligt hänvisar till två olika personkategorier (arbetstagare å ena sidan och deras familjemedlemmar och efterlevande å andra sidan) och behövs inte för att främja fri rörlighet för arbetstagare i den mening som avses i fördraget.

19. Därutöver har den brittiska regeringen anfört att det framgår av domstolens rättspraxis att de rättigheter som tillkommer de två personkategorier som nämns i artikel 2.1 i förordning nr 1408/71 skiljer sig från varandra: enbart personer som hör till den första kategorin (arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat) har egna "originära" rättigheter enligt artikel 39 EG, medan familjemedlemmar till arbetstagare tillerkänns vissa rättigheter enligt sekundärrätten, men det rör sig om "härledda" rättigheter som huvudsakligen finns i syfte att underlätta den fria rörligheten inom gemenskapen för arbetstagaren själv. [10]

20. Den brittiska regeringen anser att domstolen i domen Cabanis-Issarte har ändrat den rättspraxis som härrör från domen i målet Kermaschek: domstolen har upprätthållit åtskillnaden mellan de rättigheter som tillkommer arbetstagare enligt förordningen och de rättigheter som tillkommer deras familjemedlemmar, men domstolen grundar inte åtskillnaden på frågan huruvida den omtvistade förmånen avser "härledda rättigheter" i den *nationella lagstiftningen*, utan på frågan huruvida de relevanta *bestämmelserna i förordning nr 1408/71* hör till de bestämmelser som enbart är tillämpliga på arbetstagare eller på de båda kategorier som omfattas av artikel 2.1.

21. Den brittiska regeringen anser att det inte finns anledning att ändra denna rättspraxis. Det enda skäl som framförts av Sozialgericht och som talar för en ändring av domstolens gällande rättspraxis är att detta vore nödvändigt för att underlätta rätten till fri rörlighet för en person som är medborgare inom gemenskapen och make till en sådan person som klaganden. Så är emellertid inte fallet. Vad gäller klagandens make finns det ingenting som tyder på att omständigheten att artikel 71 inte är tillämplig på hans maka skulle ha påverkat hans beslut vad beträffar hans arbete som anställd eller egenföretagare i Tyskland.

10 — Jämför domen i målet Kermaschek (ovan fotnot 6, punkterna 7 och 9) och förslag till avgörande av generaladvokaten Reischl av den 11 november 1976 i detta mål (REG 1976, s. 1682—1683).

22. Slutligen är den brittiska regeringen av uppfattningen att om domstolen skulle ändra sin rättspraxis som har varit gällande över ett kvarts sekel, skall den begränsa domens rättsverkan i tiden, såsom den gjorde i domen i målet Cabanis-Issarte.

23. Sammanfattningsvis föreslår den brittiska regeringen att domstolen meddelar följande dom:

"Maken till en medborgare inom gemenskapen kan inte göra gällande sin egenskap av familjemedlem till en arbetstagare för att åberopa tillämpningen av artiklarna 67—71 i förordning nr 1408/71."

c) *Kommissionen*

24. Kommissionen har konstaterat att tvisten vid den nationella domstolen i allt väsentligt motsvarar den tvist som låg till grund för målet Kermaschek och att ingen väsentlig ändring har skett av de relevanta bestämmelserna i förordning nr 1408/71 sedan 1976. Det skulle således finnas anledning att ändra den rättspraxis som härrör från domen i mål 40/76 endast om argumenten som talar för en sådan ändring är mycket övertygande.

25. Den nationella domstolen har framfört två argument: dels att domstolen i sin dom Kermaschek varken tagit tillräcklig hänsyn till eventuella verkningar som beslutet har på maken som är medborgare i en medlemsstat eller till dennes rätt till fri rörlighet inom gemenskapen, dels att man med tanke på utvecklingen av gemenskapsrätten under de senaste två decennierna skulle kunna vänta sig en ändring av rättspraxis vad gäller medborgare i tredje land.

26. I detta hänseende anser kommissionen till att börja med att klagandens make inte är en migrerande arbetstagare i den mening som avses i förordning nr 1408/71 och att han inom den närmaste tiden uppenbarligen inte heller avser att utnyttja sin rätt till fri rörlighet inom gemenskapen.

27. I det föreliggande fallet är frågan huruvida medborgare i tredje land har en egen rätt till fri rörlighet, vilket skulle få den logiska konsekvensen att artiklarna 67—71 i förordning nr 1408/71 skall tillämpas analogt. En sådan allmän rättighet finns emellertid inte idag. Bortsett från de fall då rättigheter som tillkommer en unionsmedborgare berörs, saknar omständigheten att en medborgare i tredje land är gift med en unionsmedborgare i princip betydelse och dessa situationer skall bedömas på samma sätt som sådana i vilka en medborgare i tredje land är ensamstående. I detta hänseende har kommissionen anfört att den har överlämnat ett förslag till rådet som syftar till att kunna göra det möjligt för medborgare i tredje land som lagligen uppehåller sig i en medlemsstat att åberopa sociala bestämmelser som syftar till att

garantera anställda och egenföretagare rätten till fri rörlighet inom gemenskapen. [11] Lagstiftaren är emellertid helt fri på detta område, eftersom EG-fördraget i detta hänseende inte fastställer några tvingande mål, utan inskränker sig till att ge en möjlighet att lagstifta.

28. Kommissionen har även tagit hänsyn till artiklarna 37.1 första strecksatsen, 38.1, 39.1 och artikel 42 i Europaavtalet mellan Europeiska gemenskaperna och deras medlemsstater å ena sidan och Republiken Polen å andra sidan.

29. Artikel 37.1 första strecksatsen innehåller ett förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, "beträffande arbetsförhållanden, avlöning eller avskedande", "om inte annat följer av de villkor och riktlinjer som gäller i var och en av medlemsstaterna".

30. Eftersom skyldigheten eller möjligheten att vara arbetslöshetsförsäkrad utgör en del av varje arbetstagares arbetsförhållande är det enligt kommissionen klart att om klaganden hade varit bosatt i Luxemburg och hade gjort gällande rättigheter där, skulle artikel 37 ha förbjudit att hon berövas arbetslöshetsförmåner. Frågan i det föreliggande fallet är emellertid huruvida omständigheten att hon är bosatt i Tyskland, där hon aldrig har arbetat, leder till en annan bedömning, eftersom hon gör gällande rättigheter gentemot arbetslöshetskassan i Tyskland och inte gentemot arbetslöshetskassan i Luxemburg.

31. Enligt kommissionen utgör ordalydelsen i artikel 37.1 i Europaavtalet inte nödvändigtvis ett hinder mot att tolka bestämmelsen på så sätt att bestämmelsen under vissa omständigheter även skapar förpliktelser för bosättningsstaten, eftersom det i denna artikel sägs att "arbetstagare av polsk nationalitet ... [skall] behandlas på samma sätt som medlemsstatens egna medborgare, [utan diskriminering] på grund av ...". Denna artikel preciserar följaktligen inte vilken medlemsstat som måste behandla dem som egna medborgare: Det sägs ingalunda att rättigheten enligt denna bestämmelse uteslutande skall beviljas av anställningsstaten, även om det oftast torde vara fallet. Frågan som enligt kommissionens uppfattning är avgörande är huruvida det rör sig om att komma i åtnjutande av rättigheter som sammanhänger med arbetsförhållanden, avlöning eller avskedande och inte exempelvis av rättigheter som sammanhänger med bosättningen (exempelvis rätten till socialhjälp).

32. Omständigheten att en tysk medborgare som befinner sig i samma situation på grund av sitt anställningsförhållande i Luxemburg skulle kunna göra gällande rättigheter enligt artikel 71.1 a ii eller eventuellt enligt artikel 71.1 b ii gentemot den tyska arbetslöshetskassan borde i enlig-

11 — EGT C 6, 1998, s. 15.

het med likabehandlingsprincipen, som fastställs i artikel 37.1 i Europaavtalet, innebära att en sådan möjlighet även finns för polska medborgare.

33. Enligt kommissionen är denna ståndpunkt emellertid inte försvarbar med hänsyn till systematiken i kapitlet om fri rörlighet för arbetstagare och ordalydelsen i artikel 38.1 första strecksatsen i Europaavtalet, vilken anger regeln för sammanläggning av försäkringsperioder, anställningsperioder eller bosättningsperioder, utan att emellertid nämna arbetslöshetsförsäkring. Denna kan därmed inte heller omfattas av artikel 37 i Europaavtalet.

34. Artikel 37 omfattar följaktligen — trots sin vidsträckta ordalydelse — i själva verket enbart anspråk gentemot anställningsstaten, medan artikel 38 reglerar fall där en "samordning" mellan medlemsstaterna är nödvändig, eftersom inte enbart en medlemsstat i egenskap av anställningsstat berörs, utan flera medlemsstater. En samordning mellan medlemsstaterna behövs inte enbart med avseende på de fall som uttryckligen nämns i artikel 38 avseende kumulering av rättigheter som förvärvats i de enskilda medlemsstaterna, utan i ännu högre grad när det som i artikel 71.1 a ii eller artikel 71.1 b ii i förordning 1408/71 är fråga om att ersätta anspråk som en person har gentemot en medlemsstat med anspråk som skapas gentemot en annan medlemsstat. Enligt kommissionen står det helt i överensstämmelse med denna tolkning av artiklarna 37 och 38 i Europaavtalet att polska arbetstagare inte tillerkänns någon rätt till fri rörlighet inom EG och att bestämmelserna i förordning nr 1408/71 följaktligen varken direkt eller genom artikel 37 i Europaavtalet är tillämpliga på dessa arbetstagare om inte detta uttryckligen har beslutats. Eftersom arbetslöshetsförsäkring inte nämns i artikel 38 kan polska medborgare enligt kommissionens uppfattning för närvarande inte göra gällande några rättigheter enligt artikel 71.1 a ii eller artikel 71.1 b ii i förordning nr 1408/71.

35. Kommissionen har understrukit att man enbart kan finna en lösning på klagandens begäran, som enligt kommissionens uppfattning är fullkomligt berättigad, i den luxemburgska rätten, eventuellt efter det att talan väckts vid Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter i Strasbourg.

36. Sammanfattningsvis föreslår kommissionen att domstolen meddelar följande dom:

"Vid arbetslöshet kan en polsk medborgare, även om han eller hon är make eller maka till en medborgare i en medlemsstat, på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte göra anspråk på någon förmån i bosättningsstaten enligt artikel 71 i förordning (EEG) nr 1408/71."

V — Bedömning

37. Den nationella domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida klaganden i målet vid den nationella domstolen med framgång kan åberopa artiklarna 67—71 i förordning nr 1408/71.

38. I artikel 2.1 anges den personkrets som omfattas av förordningens tillämpningsområde på följande sätt:

"Denna förordning gäller anställda och egenföretagare, som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater *och som är medborgare i en medlemsstat* eller är statslösa eller flyktingar bosatta inom en medlemsstats territorium, samt deras familjemedlemmar och efterlevande." [12]

39. Med stöd av rättspraxis från domstolen kan man konstatera att arbetstagare och deras familjemedlemmar utgör två skilda personkategorier. Domstolen har i domen i målet Kermaschek, som rörde artikel 2.1 i förordningen, anfört följande:

"Det framgår redan av jämförelsen som antyds med ordet 'och' att denna bestämmelse rör två klart skilda personkategorier: arbetstagare, å ena sidan, och deras familjemedlemmar och efterlevande, å andra sidan. Som arbetstagare betraktas enbart de medborgare i en medlemsstat, statslösa och flyktingar, som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater. Medan personer som hör till den första kategorin kan göra gällande egna anspråk på förmåner i den mening som avses i förordningen, tillkommer personer som hör till den andra kategorin endast härledda rättigheter som de förvärvat i egenskap av familjemedlemmar eller efterlevande till arbetstagare, det vill säga rättigheter som härleds från personer som hör till den första kategorin.

Denna uppräkning bekräftas genom artikel 2.2 [13], enligt vilken anställda som inte är medborgare i en medlemsstat med avseende på deras efterlevandes rättsliga ställning jämställs med medborgare i en medlemsstat, om dessa efterlevande är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyktingar som är bosatta inom en medlemsstats territorium. Denna uppräkning bekräftas ytterligare av det faktum att även artikel 1 i förordningen klart skiljer mellan

12 — Min kursivering.

13 — Beträffande bestämmelsens ordalydelse se ovan, punkt 8.

anställda, å ena sidan, och deras familjemedlemmar, å andra sidan, genom att artikeln i punkterna a, b och c själv definierar begreppen 'anställda', 'gränsarbetare' och 'säsongsarbetare' medan den i punkterna f och g beträffande begreppen 'familjemedlem' och 'efterlevande' hänvisar till de utpekade nationella lagstiftningarna." [14]

40. Trots att den förstnämnda personkategorin utvidgades genom förordning nr 307/1999 om ändring av förordning nr 1408/71 [15] bör det nog hållas fast vid den principiella åtskillnaden mellan denna personkategori och familjemedlemmar, som utgör den andra personkategori som omfattas av bestämmelsen. Denna uppfattning finner även stöd i domen i målet Cabanis-Issarte [16], i vilken domstolen anförde följande:

"Artikel 2.1 i förordning nr 1408/71, genom vilken förordningens tillämpningsområde med avseende på person avgränsas, rör två klart skilda personkategorier: arbetstagare å ena sidan, och deras familjemedlemmar och efterlevande å andra sidan. De förstnämnda måste, för att omfattas av förordningen, vara medborgare i en medlemsstat eller vara statslösa eller flyktingar bosatta inom en medlemsstats territorium. Däremot uppställs inte något villkor om medborgarskap för familjemedlemmar eller efterlevande till arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat, för att förordningen skall kunna tillämpas på dem." [17]

41. På grund av klagandens polska medborgarskap räknas hon utan tvekan inte till den första av de personkategorier som definieras i artikel 2.1 i förordning nr 1408/71. I egenskap av maka till en unionsmedborgare kan hon emellertid i egenskap av familjemedlem räknas till den andra personkategori som nämns i artikel 2.1 i förordningen. Av begäran om förhandsavgörande framgår det visserligen inte om och i vilken egenskap (anställd, egenföretagare etc.) klagandens tyske make omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.1 i förordningen. Men eftersom det i den nationella domstolens resonemang är tal om en indirekt kränkning av makens rätt till fri rörlighet, förutsätts fortsättningsvis att han uppfyller villkoren för att omfattas av artikel 2.1 i förordningen så att klaganden i egenskap av familjemedlem till honom tillhör den andra personkategori som nämns i artikel 2.1 i förordningen.

42. Frågan är således om hon, genom att hon i egenskap av familjemedlem i den mening som avses i artikel 2.1 i förordning nr 1408/71, skulle kunna omfattas av tillämpningsområdet för förordning

14 — Jämför domen i målet Kermaschek (ovan fotnot 6), punkterna 7 och 8.

15 — Genom förordning nr 307/1999 utvidgades tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71 till att omfatta studerande.

16 — Dom i målet C-308/93 (ovan fotnot 7).

17 — Jämför domen Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7), punkt 21.

nr 1408/71, kan åberopa artiklarna 67—71 i förordningen, det vill säga om hon kan göra anspråk på att omfattas av de särskilda bestämmelserna i artikel 71.1 a ii som antagits med avseende på gränsarbetare och som utpekar arbetsförmedlingen i bosättningsstaten som den behöriga institution som skall utge förmåner vid arbetslöshet.

43. Mot bakgrund av rättspraxis från domstolen [18] är svaret på denna fråga — även enligt parternas samstämmiga mening — ganska klar, nämligen nekande.

44. Till grund för domen i målet Kermaschek låg med avseende på de bestämmelser i förordning nr 1408/71 som är relevanta i det föreliggande förfarandet en situation som är jämförbar med den som föreligger i det aktuella förfarandet.

" ... Fru Kermaschek, som var jugoslavisk medborgare, begärde att hon skulle omfattas av bestämmelserna i förordning nr 1408/71, angående sammanläggning av försäkrings- eller anställningsperioder för att möjliggöra en rätt till arbetslöshetsförmåner. Hon kunde inte i detta hänseende göra gällande sin egenskap av arbetstagare i Tyskland, eftersom hon var medborgare i ett tredje land. Hon kunde inte heller göra gällande sin egenskap av maka till en tysk arbetstagare, eftersom de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i fråga uteslutande var tillämpliga på arbetstagare." [19]

45. I domen i målet Kermaschek gjorde domstolen en åtskillnad mellan egna rättigheter och härledda rättigheter som kan tas i anspråk av den första eller den andra av de i artikel 2.1 i förordning nr 1408/71 nämnda personkategorierna. [20] Med avseende på tillämpningen av bestämmelserna i artikel 67 och följande artiklar i förordning nr 1408/71 fastslog domstolen följande i målet:

"Det huvudsakliga ändamålet med artiklarna 67—70 i förordningen är enbart att samordna rätten till arbetslöshetsförmåner som enligt medlemsstaternas inhemska lagstiftningar tillkommer arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat. Familjemedlemmarna till dessa arbetstagare har enbart rätt till de förmåner som enligt dessa lagstiftningar tillkommer familjemedlemmar till arbetslösa arbetstagare. I detta sammanhang saknar dessa familjemedlemmars nationalitet betydelse." [21]

46. Om man överför dessa konstateranden på det aktuella fallet skulle klaganden inte kunna härleda någon rätt till arbetslöshets-

18 — Jämför domarna Kermaschek (ovan fotnot 6), Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7) och dom av den 10 oktober 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94 (Höfer och Zachow, REG 1996, s. I-4895).

19 — Jämför domen Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7), punkt 24.
20 — Jämför domen Kermaschek (ovan fotnot 6), punkt 7.
21 — Domen Kermaschek (ovan fotnot 6), punkt 9.

förmåner från artikel 71 i förordningen gentemot den tyska institutionen, "då det huvudsakliga ändamålet med dessa bestämmelser är att samordna medlemsstaternas inhemska lagstiftningar vad gäller rätten till arbetslöshetsförmåner för arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat, och inte för deras familjemedlemmar". [22]

47. Domstolen har i sin rättspraxis som följer efter domen Kermaschek inledningsvis hållit fast vid åtskillnaden mellan egna och härledda rättigheter för att bestämma förordningens tillämpningsområde för de två skilda personkategorierna enligt artikel 2.1 i förordningen. [23]

48. I domen i målet Cabanis-Issarte har domstolen emellertid i princip ifrågasatt denna åtskillnad, eftersom den "kan leda till att det grundläggande kravet på en enhetlig tolkning av bestämmelserna i gemenskapens rättsordning urholkas, genom att deras tillämpning på enskilda görs beroende av en indelning i egna eller härledda rättigheter i den nationella lagstiftning som tillämpas på förmånerna i fråga, i förhållande till skillnader i det inhemska systemet för social trygghet". [24]

49. Detta har föranlett domstolen att begränsa räckvidden av den rättspraxis som följer av domen i målet Kermaschek angående åtskillnaden mellan egna och härledda rättigheter till att endast avse de förhållanden som beskrivs i målet Kermaschek. [25]

50. Även om man ur dogmatisk synvinkel måste utgå ifrån att domstolen genom domen i målet Cabanis-Issarte inskränkte skillnaden mellan egna och härledda rättigheter, vilket även bekräftas av att domstolen i domen i målet Höfer och Zachow med avseende på familjeförmåner uttalade att "åtskillnaden mellan självständiga och härledda rättigheter i princip inte [gäller] familjeförmåner" [26], har domstolen ändå när det gäller förhållanden som är jämförliga med dem som låg till grund för målet Kermaschek uttryckligen hållit fast vid domen i målet Kermaschek, vilket framgår såväl av domen i målet Cabanis-Issarte [27] som av domen i målet Höfer och Zachow. [28]

51. Eftersom det i det aktuella fallet rör sig om en situation som är jämförbar med den som förelåg i målet Kermaschek, kan man med stöd av rättspraxis från domstolen utgå ifrån att klaganden i egenskap av familjemedlem inte kan åberopa artiklarna 67—71 i förordning nr 1408/71 för att göra anspråk på arbetslöshetsförmåner i

22 — Jämför domen Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7), punkt 23.

23 — Jämför domar av den 6 juni 1985 i mål 157/84, Frascogna (REG 1985, s. 1739), av den 20 juni 1985 i mål 94/84, Deak (REG 1985, s. 1873), av den 17 december 1987 i mål 147/87, Zaoui (REG 1987, s. 5511), av den 8 juli 1992 i mål C-243/91, Taghavi (REG 1992, s. I-4401) och av den 27 maj 1993 i mål C-310/91, Schmid (REG 1993, s. I-3011).

24 — Jämför domen i målet Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7), punkt 31.

25 — Ibidem, punkt 34.

26 — Se ovan fotnot 18, punkt 33.

27 — Jämför punkterna 23 och 24 i domen (fotnot 7).

28 — Jämför punkt 32 i domen (ovan fotnot 18).

den stat där hon är bosatt, utan att ha fullgjort den försäkringsperiod för att kunna få arbetslöshetsersättning som föreskrivs i bosättningsstatens rättsordning.

52. Frågan är alltså bara om det finns skäl att ifrågasätta och ändra domstolens rättspraxis.

53. Inledningsvis skall den nationella domstolens hänvisning till den tidsmässiga dimensionen [29] av den rättspraxis som förankrats genom domen i målet Kermaschek undersökas. Det finns anledning till detta av flera skäl. Det är riktigt att den rättspraxis som etablerades för nästan 25 år sedan — som har visats i det föregående — har ifrågasatts. [30]

54. Rent abstrakt sett skulle det kunna hävdas att gemenskapsrättens dynamiska karaktär kan vara ett skäl till att ifrågasätta ett begrepp som skapades genom rättspraxis för 25 år sedan, i synnerhet då de grundläggande friheterna i gemenskapen, till vilka den fria rörligheten för personer räknas, bättre skulle kunna främjas på annat sätt, vilket den nationella domstolen verkar utgå ifrån.

55. Även lagstiftningen har under tiden ändrats i flera avseenden. Det handlar till exempel om ändringar i primärrätten och en konkret utvidgning av artikel 2.1 i förordning nr 1408/71.

56. Likväl medför dessa överväganden, betraktade för sig, inte att domen i målet Kermaschek kan anses ha förlorat sin betydelse, eftersom domstolen 1996 två gånger uttryckligen bekräftade dess giltighet. [31]

57. Av större betydelse är den nationella domstolens argument beträffande indirekt kränkning av rätten till fri rörlighet som tillkommer maken, som är medborgare inom gemenskapen. Det är emellertid oklart huruvida klagandens make, som är tysk medborgare och bosatt i Tyskland, överhuvudtaget någonsin har utnyttjat den rätt till fri rörlighet som han har enligt fördraget. En fråga som är helt ouppklarad är därför om han skall betraktas som en migrerande arbetare och om han tillhör den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71. Omständigheten att det teoretiskt sett är möjligt att han någon gång skulle kunna göra anspråk på sin rätt till fri rörlighet, vilket potentiellt gäller för samtliga medborgare inom gemenskapen, räcker inte för att motivera en så långtgående rättsföljd som faktisk fri rörlighet inom gemenskapen för en make som är medborgare i tredje land. De konkreta förhållandena i målet vid den nationella domstolen lämpar sig följaktligen illa för att föranleda domstolen att ändra sin rättspraxis.

29 — I slutet av sin begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen anfört följande: "Då det mot denna bakgrund tycks vara tveksamt huruvida domstolen ännu idag skulle hålla fast vid de principer som den ställde upp i den ovan under punkt 2 nämnda domen från år 1976, anser rätten det vara påkallat att begära ett nytt förhandsavgörande."

30 — Jämför domarna i målet Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7) och i målet Höfer och Zachow (ovan fotnot 18).

31 — Jämför domarna i målet Cabanis-Issarte (ovan fotnot 7) och i målet Höfer och Zachow (ovan fotnot 18).

58. Det är likväl motiverat att ställa sig frågan om klaganden inte på grundval av en annan rättslig grund eventuellt skulle kunna vara berättigad till de begärda förmånerna. Såväl den brittiska regeringen som kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till Europaavtalet mellan Europeiska gemenskaperna och deras medlemsstater å ena sidan och Republiken Polen å andra sidan. Artikel 37 i avtalet förankrar likabehandlingsprincipen för polsk arbetskraft, medan artikel 38 föreskriver en samordning av de sociala trygghetssystemen för vissa områden i systemet för social trygghet.

59. Det är att märka att arbetslöshetsförmåner inte nämns i artikel 38 i avtalet, utan enbart pensioner och livräntor som utbetalas på grund av ålderdom, invaliditet och dödsfall samt läkarvård. Kommissionen har hänvisat till att samordningen av arbetslöshetsförsäkring eventuellt skulle kunna bli föremål för ett framtida beslut av associeringsrådet för att anta bestämmelser för att samordna de sociala trygghetssystemen. Därav följer emellertid att en sådan samordning *de lege lata* ännu inte föreligger.

60. Med hänsyn till den likabehandlingsprincip som förankras i artikel 37 i avtalet bör kommissionens ståndpunkt att bestämmelsen riktar sig till anställningsstaten följas. En rätt till arbetslöshetsförmåner gentemot bosättningsstaten Tyskland kan följaktligen inte heller härledas från denna bestämmelse. Genom hänvisningen till anställningsstaten blir det tydligt vad som är det egentliga problemet i fallet, nämligen att klaganden hade försäkringspliktig anställning i Luxemburg och, med hög sannolikhet erlade avgifter till arbetslöshetskassan i Luxemburg, men att hon inte beviljades utbetalning av förmånen då försäkringsfallet inträffade på grund av att hon var bosatt utomlands. Det rör sig om en orättvis situation som är typisk för gränsarbetare.

61. Enligt min mening är det fråga om ett likabehandlingsproblem av anställda gentemot anställningsstaten. Eventuellt utgör hänvisningen till en gränsarbetares bosättning i utlandet en indirekt diskriminering som möjligtvis inte kan rättfärdigas då gränsarbetaren fortfarande står till förfogande för arbetsmarknadsförvaltningen i anställningsstaten, vilket *prima facie* kan presumeras eftersom gränsarbetaren redan varit yrkesverksam i staten i fråga.

62. Bundesverfassungsgericht befattade sig med ett liknande problem som följde av den tyska rättsordningen och beslutade att utlänningar som är medborgare i tredje land och som bor nära gränsen har rätt till arbetslöshetsförmåner i förbundsrepubliken om de har förlorat sitt arbete i Tyskland och varit obligatoriskt arbetslöshetsförsäkrade [32], vilket den nationella domstolen uttryckligen hänvisade till.

32 — Jämför beslut av Bundesverfassungsgericht av den 30 december 1990, registrerat under nummer 1 BvR 809/95, publicerat i RIW 2000, s. 299.

63. Den nationella domstolen kan knappast komma fram till en liknande lösning i det aktuella fallet, eftersom det skulle förutsätta att domstolen befattar sig med den luxemburgska rättsordningen.

64. På gemenskapsrättens nuvarande stadium kan gemenskapsrätten emellertid inte slå en bro mellan den luxemburgska rättsordningen och den tyska rättsordningen (hur önskvärt det än verkar vara i ett sådant fall).

65. Den nationella domstolens fråga skall besvaras så att den tolkning som domstolen förespråkat i domen av den 23 november 1976 i målet 40/76, Kermaschek, av artikel 2.1 i förordning nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, särskilt med avseende på artiklarna 67—71 i förordningen, på gemenskapsrättens nuvarande stadium fortfarande är gällande.

VI — Förslag till avgörande

66. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag att domstolen skall meddela följande dom:

På gemenskapsrättens nuvarande stadium är den tolkning som domstolen förespråkat i domen av den 23 november 1976 i målet 40/76, Kermaschek, av artikel 2.1 i rådets förordning nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, särskilt med avseende på artiklarna 67—71 i förordningen, fortfarande gällande.