FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JÁN MAZÁK
föredraget den 21 juni 2011 [1]

I — Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 3.1 och 72 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; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57) [2] samt av avtalet mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan, om fri rörlighet för personer, undertecknat i Luxemburg den 21 juni 1999 (EGT L 114, 2002, s. 6) (nedan kallat avtalet).

2. Begäran har framställts i ett mål mellan Försäkringskassan och Elisabeth Bergström avseende rätt till familjeförmåner för en förälder som har arbetat i Schweiz och sedermera flyttat till Sverige.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

3. I artikel 1 i avtalet, vilken har rubriken ”Mål”, föreskrivs följande:

”Målet för detta avtal är att, till förmån för medborgarna i Europeiska gemenskapens medlemsstater och Schweiz,

a) ge rätt till inresa, vistelse, upptagande av ekonomisk förvärvsverksamhet som arbetstagare och etablering som egen-

1 — Originalspråk: engelska.

2 — I dess, vid tidpunkten för omständigheterna i målet, gällande lydelse enligt förordning (EG) nr 1386/2001 av den 5 juni 2001 om ändring av rådets förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och rådets förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 187, s. 1).

företagare samt rätt att stanna kvar på de avtalsslutande parternas territorier, …

d) ge samma levnads-, anställnings- och arbetsvillkor som de egna medborgarna har rätt till."

4. I artikel 2 i avtalet, vilken har rubriken "Icke-diskriminering", föreskrivs följande:

"Medborgare i en avtalsslutande part vilka lagligen vistas på en annan avtalsslutande parts territorium får, vid tillämpningen av och i enlighet med bestämmelserna i bilagorna I, II och III till detta avtal, inte diskrimineras på grundval av nationalitet."

5. I artikel 8 i avtalet, vilken har rubriken "Samordning av systemen för social trygghet", föreskrivs följande:

"De avtalsslutande parterna skall, i enlighet med bilaga II, fastställa bestämmelser för samordning av systemen för social trygghet, för att säkerställa särskilt

a) likabehandling,

c) sammanläggning av samtliga perioder som i de olika nationella lagstiftningarna beaktas för förvärv och bibehållande av rätten till förmåner samt för beräkning av dessa förmåners storlek, …"

6. I artikel 1 i bilaga II [3] till avtalet föreskrivs följande:

"1. De avtalsslutande parterna är överens om att på området samordning av socialförsäkringssystemen sinsemellan tillämpa de gemenskapsrättsakter som det hänvisas till, i den lydelse dessa har den dag då avtalet undertecknas och så som dessa har ändrats i avsnitt A i denna bilaga eller därmed likvärdiga regler.

2. När begreppet 'medlemsstat(er)' förekommer i de rättsakter som det hänvisas till i avsnitt A i denna bilaga avses utöver de stater som omfattas av gemenskapsrättsakterna i fråga även Schweiz."

7. I avsnitt A i bilaga II till avtalet, vilket har rubriken "Rättsakter till vilka det hänvisas", föreskrivs följande:

"1. 371 R 1408: 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. Uppdaterad genom: …"

3 — Bilaga II behandlar samordningen av socialförsäkringssystemen.

8. I artikel 3.1 i förordning nr 1408/71, vilken har rubriken ”Likabehandling”, föreskrivs följande:

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

9. I artikel 72 i förordning nr 1408/71, vilken har rubriken ”Sammanläggning av försäkringsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare”, som återfinns i kapitel 7, vilket har rubriken ”Familjeförmåner”, föreskrivs följande:

”Om lagstiftningen i en medlemsstat för rätt till förmåner ställer krav på fullgjorda försäkrings- eller anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare, skall den behöriga institutionen i den staten i nödvändig utsträckning beakta försäkrings- och anställningsperioder samt perioder av verksamhet som egenföretagare som har fullgjorts i en annan medlemsstat som om dessa perioder hade fullgjorts enligt den egna lagstiftningen.”

10. I artikel 89 i förordning nr 1408/71, vilken har rubriken ”Särskilda regler för tillämpningen av vissa lagstiftningar”, föreskrivs följande:

”Särskilda regler för tillämpningen av vissa medlemsstaters lagstiftning finns i bilaga 6.”

11. I avsnitt N i bilaga 6 till förordning nr 1408/71, vilket har rubriken ”Sverige”, föreskrivs följande:

”1. Vid fastställandet av en persons rätt till föräldraförmån enligt artikel 72 i förordningen skall försäkringsperioder som fullgjorts i en annan medlemsstat anses vara grundade på samma genomsnittsinkomst som de svenska försäkringsperioder som de läggs samman med.”

B — *Nationella bestämmelser*

12. I socialförsäkringslagen (1999:799) föreskrivs följande:

”3 kap. Socialförsäkringsskyddet

1 § Den som är bosatt i Sverige är försäkrad för följande förmåner som anges i lagen (1962:381) om allmän försäkring:

1. ersättning för sjukvård m.m. enligt 2 kap. i fråga om förmåner som beslutas av de allmänna försäkringskassorna,

2. föräldrapenning på lägstanivå och grundnivå,

3. sjukersättning och aktivitetsersättning i form av garantiersättning, …

…

4 § Den som arbetar i Sverige är försäkrad för följande förmåner enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring:

1. sjukpenning och havandeskapspenning,

2. föräldrapenning över lägstanivå och tillfällig föräldrapenning,

3. inkomstrelaterad sjukersättning och inkomstrelaterad aktivitetsersättning, …”

13. I lagen om allmän försäkring (1962:381) föreskrivs följande:...

”3 kap. Om sjukpenning

2 § Sjukpenninggrundande inkomst är den årliga inkomst i pengar som en försäkrad kan antas komma att tills vidare få för eget arbete här i landet, …

4 kap. Om föräldrapenningförmåner …

6 § Hel föräldrapenning utgör lägst 60 kronor om dagen (lägstanivå).

Föräldrapenning för de första 180 dagarna utges med belopp motsvarande förälderns sjukpenning, beräknad enligt femte stycket, om föräldern under minst 240 dagar i följd före barnets födelse eller den beräknade tidpunkten för födelsen har varit försäkrad för

en sjukpenning över lägstanivån och skulle ha varit det om Försäkringskassan känt till samtliga förhållanden. Föräldrapenning för de första 180 dagarna utges dock alltid lägst med ett belopp för hel föräldrapenning om 150 kr (grundnivå) ...

..."

III — Tvisten i den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14. Elisabeth Bergström är svensk medborgare. Hon var bosatt i Schweiz från och med januari 1994 och arbetade där till dess att hon födde en dotter den 19 mars 2002. Familjen flyttade till Sverige den 1 september 2002. Hennes make började omedelbart arbeta i Sverige. Elisabeth Bergström tog däremot ingen ny anställning i Sverige utan var ledig från förvärvsarbete för att ta hand om dottern. Hon begärde att få föräldrapenning på sjukpenningnivå från och med den 16 mars 2003, beräknad med utgångspunkt i den inkomst hon hade haft från arbetet i Schweiz.

15. Försäkringskassan ansåg att Elisabeth Bergstöm inte hade rätt till föräldrapenning på sjukpenningnivå och beslutade att bevilja föräldrapenning på grundnivå, 150 kr per dag. Försäkringskassan anförde att enligt förordning nr 1408/71 ska även försäkringsperioder som fullgjorts i andra medlemsstater räknas med vid bedömningen av om kraven i 240-dagarsregeln är uppfyllda, men det krävs att den sista dagen i 240-dagarsperioden har fullgjorts i Sverige.

16. Elisabeth Bergström överklagade beslutet till länsrätten i Stockholms län. Länsrätten avslog överklagandet, huvudsakligen med motiveringen att föräldrapenning på sjukpenningnivå är en arbetsbaserad försäkring.

17. Elisabeth Bergström överklagade till kammarrätten i Stockholm som beslutade att inte bevilja prövningstillstånd. Elisabeth Bergström överklagade detta beslut till regeringsrätten som upphävde beslutet och meddelade tillstånd till prövning i kammarrätten. Kammarrätten biföll Elisabeth Bergströms överklagande och förklarade att hon skulle anses ha fullgjort kvalifikationstiden i 240-dagarsregeln genom sin försäkringsperiod i Schweiz samt att hon skulle tillgodoräknas en ersättning över grundnivån baserad på hennes förvärvsarbete i Schweiz. Kammarrätten åberopade bland annat artikel 72 i förordning nr 1408/71 och domarna i målen Rockler [4] och Öberg [5].

4 — Dom av den 16 februari 2006 i mål C-137/04, Rockler (REG 2006, s. I-1441).

5 — Dom av den 16 februari 2006 i mål C-185/04, Öberg (REG 2006, s. I-1453).

18. Försäkringskassan överklagade kammarrättens dom till regeringsrätten och yrkade att den skulle upphävas och länsrättens dom jämte Försäkringskassans beslut fastställas. Elisabeth Bergström bestred bifall till överklagandet.

19. Enligt den nationella domstolen anser Försäkringskassan numera att kvalifikationstiden kan fullgöras genom arbete i en annan medlemsstat. Försäkringskassan har dock anfört att Elisabeth Bergström ändå inte är berättigad till högre föräldrapenning än på grundnivå eftersom hon inte har någon sjukpenninggrundande inkomst. Den sjukpenninggrundande inkomsten bygger på förutsättningen att socialförsäkringen finansieras genom en arbetsinkomst i Sverige för vilken lagstadgade avgifter erlagts. Dessutom är fördragets bestämmelser om fri rörlighet för arbetstagare inte tillämpliga i förhållande till Schweiz. Det går därmed inte att tillämpa domarna i målen Rockler och Öberg på det sätt som kammarrätten har gjort.

20. Elisabeth Bergström har också gjort gällande att en förälder som arbetar i Sverige och avslutar sin anställning i samband med barnets födelse har rätt till föräldrapenning på sjukpenningnivå. Samma princip måste gälla för den som flyttar till Sverige från ett EU-land eller ett annat land för vilket förordning nr 1408/71 gäller.

21. Enligt den nationella domstolen är artikel 72 i förordning nr 1408/71, som gäller familjeförmåner och föreskriver att försäkringsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare ska läggas samman, oklar. Rubriken till artikeln handlar om ”sammanläggning” av försäkringsperioder. Rubrikens formulering skulle kunna tyda på att artikeln är tillämplig endast när det finns en inhemsk period som den utländska perioden kan läggas samman med. Enligt artikel 72 krävs dock endast att en stat ska ”beakta” försäkringsperioder i andra medlemsstater. Artikelns formulering innebär således att utländska perioder ska medräknas men ger inget direkt stöd för att detta förutsätter att det även finns en inhemsk försäkringsperiod.

22. Med avseende på förmånernas storlek har den nationella domstolen angett att vissa inhemska och utländska tidsperioder jämställs enligt artikel 72 i förordning nr 1408/71 men att nämnda artikel inte reglerar i vilken utsträckning inhemska inkomster och inkomster som intjänats i utlandet ska jämställas. I artikel 3.1 i förordning nr 1408/71, jämförd med artikel 8 i avtalet, finns ytterligare bestämmelser om rätt till likabehandling. Enligt den nationella domstolen är det oklart om rätten till likabehandling även gäller migrerande arbetstagare som är medborgare i

den medlemsstaten [6] och om artikel 3.1 innebär att inkomster som intjänats i en annan medlemsstat ska jämställas med inhemska inkomster vid beräkningen av inkomstrelaterade familjeförmåner. Om så är fallet uppkommer frågan om detta även gäller i förhållande till Schweiz, ett land för vilket fördraget inte gäller.

23. Regeringsrätten beslutade mot denna bakgrund att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Innebär unionsrätten, särskilt avtalet med Schweiz om fri rörlighet för personer och artikel 72 i förordning nr 1408/71, att en kvalifikationstid för att erhålla familjeförmån i form av inkomstrelaterad ersättning för vård av barn i sin helhet kan fullgöras genom arbete och försäkring i Schweiz?

2. Innebär unionsrätten, särskilt avtalet med Schweiz om fri rörlighet för personer samt artiklarna 3.1 och 72 i förordning nr 1408/71, att inkomster som intjänats i Schweiz ska jämställas med inhemska inkomster vid bedömning av rätt till familjeförmån i form av inkomstrelaterad ersättning för vård av barn?”

IV — Förfarandet

24. Skriftliga yttranden har inkommit från Elisabeth Bergström, den svenska och den finländska regeringen samt kommissionen.

25. Referenten och generaladvokaten anmodade i enlighet med artikel 54a i domstolens rättegångsregler parterna i det nationella målet, medlemsstaterna, kommissionen och rådet att, om de så önskade, yttra sig över huruvida de ansåg att Elisabeth Bergströms begäran om familjeförmåner omfattas av tillämpningsområdet för avtalet. Parterna i målet i den nationella domstolen, medlemsstaterna, kommissionen och rådet ombads att i motiveringen av sina yttranden bland annat ta hänsyn till vissa omständigheter och förutsättningar, nämligen att Elisabeth Bergström är en svensk medborgare som befinner sig i Sverige och som har framställt den aktuella begäran i nämnda medlemsstat, artiklarna 1, 2 och 8 i avtalet, bilaga II till avtalet och domen i målet Grimme. [7]

6 — Dom av den 21 februari 2008 i mål C-507/06, Klöppel (REG 2008, s. I-943), punkterna 17 och 18.

7 — Dom av den 12 november 2009 i mål C-351/08, Grimme (REG 2009, s. I-10777).

26. Förhandling hölls den 4 maj 2011, vid vilken Elisabeth Bergström, den svenska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen yttrade sig muntligen.

V — Inledande anmärkning – avtalets tillämplighet

27. Som svar på den fråga som ställdes i enlighet med artikel 54a i domstolens rättegångsregler, har Elisabeth Bergström och kommissionen gjort gällande att avtalet är tillämpligt på omständigheterna och tvisten i det nationella målet. Den svenska regeringen har i sitt svar angett att avtalets tillämpningsområde inte omfattar Elisabeth Bergströms situation. Enligt den svenska regeringen är syftet med artiklarna 1 och 2 i avtalet att skydda migrerande arbetstagare mot diskriminering i det land i vilket de arbetar. Avtalet reglerar emellertid inte situationen för en arbetstagare som befinner sig i sitt eget land eller situationen när han eller hon återvänder till det landet. Detta slås fast i artikel 9 i bilaga I till avtalet, vari anges att en arbetstagare som är medborgare i en avtalsslutande stat på grund av sin nationalitet inte får behandlas annorlunda på den andra avtalsslutande statens territorium än inhemska arbetstagare. I domen i målet Grimme [8] angav domstolen vidare att den i artikel 9 i bilaga I till avtalet föreskrivna likabehandlingen inte gäller en avtalsslutande parts behandling av statens egna medborgare.

28. För att bedöma om avtalet är tillämpligt på omständigheterna i målet i den nationella domstolen är det avgörande att undersöka avtalet som helhet inklusive bilagor och protokoll, eftersom dessa ingår som en del av avtalet [9] och inte på något sätt har lägre värde. Emellertid preciserar avtalet bilagorna och begränsar därför deras tillämpningsområde. I artikel 6 i avtalet föreskrivs sålunda att personer som inte utövar ekonomisk förvärvsverksamhet ska garanteras rätt till vistelse på en avtalsslutande parts territorium i enlighet med bestämmelserna om icke yrkesverksamma personer i bilaga I. [10]

29. Enligt min uppfattning är artikel 9 i bilaga I till avtalet, vari det anges att en arbetstagare som är medborgare i en avtalsslutande part har rätt till likabehandling på en annan avtalsslutande parts territorium, och domen i målet Grimme [11], som delvis hänvisade till nämnda artikel, inte tillämpliga på de faktiska förhållandena och de övriga omständigheterna i det nationella målet. Det framgår av artikel 8 i avtalet att det är bilaga II och inte

8 — Ovan fotnot 7.

9 — Se artikel 15 i avtalet.

10 — Se även artikel 4 i avtalet om rätt till vistelse och upptagande av ekonomisk förvärvsverksamhet samt artikel 7 om andra rättigheter.

11 — Ovan fotnot 7.

bilaga I som ska tillämpas med avseende på samordningen av de avtalsslutande parternas system för social trygghet. I enlighet med artikel 8 a i avtalet ska de avtalsslutande parterna fastställa bestämmelser för samordning av systemen för social trygghet för att säkerställa i synnerhet likabehandling.

30. Vidare utövade inte Christian Grimme, till skillnad mot Elisabeth Bergström, den rätt som medlemsstaternas medborgare har enligt avtalet att bland annat arbeta och vistas i Schweiziska edsförbundet. [12]

31. Det är fast rättspraxis att det enligt artikel 1.1 i bilaga II till avtalet, avseende samordning av socialförsäkringssystemen, krävs att de avtalsslutande staterna sinsemellan tillämpar de unionsrättsakter som det hänvisas till, i deras lydelse vid tidpunkten för avtalets undertecknande och så som dessa har ändrats i avsnitt A i bilagan. Enligt artikel 1.2 i samma bilaga gäller vidare att ”[n]är begreppet ’medlemsstat(er)’ förekommer i de rättsakter som det hänvisas till i avsnitt A i denna bilaga avses utöver de stater som omfattas av gemenskapsrättsakterna i fråga även Schweiz”. Förordning nr 1408/71 nämns i avsnitt A i bilaga II till avtalet, vilket har rubriken ”Rättsakter till vilka det hänvisas”. Av detta följer att bestämmelserna i denna förordning, förutom EU:s medlemsstater, även omfattar Schweiziska edsförbundet. [13]

32. Förordning nr 1408/71 antogs som ett led i att tillförsäkra migrerande arbetare största möjliga mått av fri rörlighet. Detta mål skulle inte kunna uppnås om arbetstagarna förlorade de sociala trygghetsförmåner de garanteras enligt lagstiftningen i en medlemsstat på grund av att de utövar sin rätt till fri rörlighet, i synnerhet när dessa förmåner utgör en motprestation för avgifter som arbetstagarna har betalat. [14]

33. Genom att uttryckligen hänvisa till förordning nr 1408/71 i avsnitt A i bilaga II avsåg

12 — Det centrala i tolkningsfrågan i målet Grimme var huruvida Christian Grimme, en tysk medborgare och verkställande direktör i en tysk filial till ett schweiziskt företag, var skyldig att ansluta sig till det tyska lagstadgade systemet för ålderspensionsförsäkring. Frågan i målet grundade sig huvudsakligen på den i avtalet föreskrivna begränsade etableringsrätten för juridiska personer och friheten att tillhandahålla tjänster. Christan Grimme gjorde dock också gällande att hans skyldighet, i egenskap av anställd, att ansluta sig till det lagstadgade systemet, trots att styrelseledamöter verksamma i aktiebolag som bildats enligt tysk rätt var undantagna från denna skyldighet, stred mot principen om förbud mot diskriminering av anställda arbetstagare som garanteras i artikel 9 i bilaga I till avtalet. Domstolen fann att artikel 9 i bilaga I till avtalet, som ger arbetstagare som är medborgare i en avtalsslutande part rätt till likabehandling på den andra avtalsslutande partens territorium, endast avser fall av diskriminering på grund av nationalitet gentemot en avtalsslutande parts medborgare på den andra avtalsslutande partens territorium. Således ansåg domstolen att Christian Grimmes ställning som styrelseledamot i ett aktiebolag bildat enligt schweizisk rätt saknade betydelse för frågan om diskriminering. Se punkterna 46–49 (ovan fotnot 7.)

13 — Se dom av den 18 november 2010 i mål C-247/09, Xhymshiti (REU 2010, s. I-11845) punkterna 31–33. Se också dom av den 14 oktober 2010 i mål C-16/09, Schwemmer (REU 2010, s. I-9717), punkt 32.

14 — Se, i detta avseende, exempelvis dom av den 25 februari 1986 i mål 284/84, Spruyt (REG 1986, s. 685), punkterna 18 och 19.

avtalsparterna, enligt min uppfattning, också att garantera migrerande arbetstagare fri rörlighet inom de avtalsslutande parternas territorier. Jag anser att avtalets mål, särskilt de som angetts i artikel 1 a däri, avseende bland annat rätten till inresa, upptagande av ekonomisk förvärvsverksamhet som arbetstagare och rätten till vistelse på de avtalsslutande staternas territorier och, förvisso, de mål som angetts i artikel 1 d i avtalet, i synnerhet avseende rätten till samma levnadsvillkor, allvarligt skulle hämmas, om rättigheter som tillerkänns enligt avtalet endast är tillämpliga på ett begränsat och ofullständigt sätt när en medborgare i en avtalsslutande stat befinner sig i en annan avtalsslutande stat. Dessa mål, tillsammans med den icke-diskrimineringsprincip som slagits fast i artikel 2 i avtalet, skulle äventyras om EU-medborgare, efter det att de utövat sin rätt till fri rörlighet enligt avtalet, inte kunde åberopa bestämmelserna i avtalet när de återkommer till den egna medlemsstaten.

34. Jag anser därför att Elisabeth Bergströms begäran om familjeförmåner omfattas av avtalets tillämpningsområde. Enligt artikel 16.1 i avtalet ska rättigheterna och skyldigheterna i förordning nr 1408/71 dessutom ges motsvarande verkan i förbindelserna mellan det Schweiziska edsförbundet och EU-medlemsstaterna.

VI — Bedömning

A — *Tolkningsfråga 1 – kvalifikationstid*

35. Av handlingarna i ärendet framgår att rätten till föräldrapenning på sjukpenningnivå enligt svensk rätt förutsätter att en minsta försäkrings- eller anställningsperiod har fullgjorts. Genom den första tolkningsfrågan har den nationella domstolen begärt att EU-domstolen ska avgöra huruvida denna period i enlighet med artikel 72 i förordning nr 1408/71 i sin helhet kan fullgöras genom förvärvsarbete och försäkring i Schweiz eller om en försäkringsperiod också måste ha fullgjorts i Sverige. Den nationella domstolen anser framför allt att artikel 72 i förordning nr 1408/71 är oklar mot bakgrund av dess rubrik jämte punkt 1 i avsnitt N i bilaga 6 till nämnda förordning.

36. I sin talan inför domstolen har Elisabeth Bergström gjort gällande att den aktuella perioden enligt artikel 72 i förordning nr 1408/71 i sin helhet kan fullgöras genom anställning och försäkring i Schweiz. En direkt tillämpning av artikel 72 i förordning nr 1408/71 och en analog tillämpning av domarna i målen Öberg [15] och Rockler [16] innebär att nationell lagstiftning som inte beaktar perioder under vilka en arbetstagare omfattades av sjukförsäkringen i en annan medlemsstat eller nationell lagstiftning som, förutom en försäkringsperiod utomlands, kräver att även en inhemsk försäkringsperiod fullgörs, skulle avskräcka medborgarna i den medlemsstaten från att lämna staten och utöva förvärvsverksamhet i en annan medlemsstat. Den svenska regeringen angav i sina skriftliga yttranden att artikel 72 i förordning nr 1408/71 i enlighet med likhetsprincipen ska tolkas så att en försäkringsperiod som helhet kan fullgöras i en annan medlemsstat eller i Schweiz. I sitt svar på den fråga som ställdes i enlighet med artikel 54a i domstolens rättegångsregler och i sina muntliga yttranden har dock den svenska regeringen ändrat sina skriftliga yttranden med avseende på den första tolkningsfrågan och angett att den anser att en nationell lagregel som kräver att en försäkringsperiod också ska fullgöras i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen är förenlig med avtalet och artikel 72 i förordning nr 1408/71. Den finländska regeringen har gjort gällande att det följer av ordalydelsen i och rubriken till artikel 72 i nämnda förordning att försäkringsperioder, anställningsperioder och perioder av verksamhet som egenföretagare ska läggas samman och inte bör tolkas så att de utgör ett hinder för lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken det krävs att en viss försäkrings- eller anställningsperiod fullgörs i enlighet med den lagstiftningen för att förmånsrätten ska uppkomma. I sin begäran om förhandling i föreliggande mål angav Förenade kungarikets regering att artikel 72 i förordning nr 1408/71 inte kräver någon försäkrings- eller anställningsperiod i den stat i vilken ansökan om förmånen görs. Vid förhandlingen angav sistnämnda regering att den första tolkningsfrågan skulle besvaras nekande och att medlemsstaterna har rätt att införa krav på en period av inhemsk försäkring eller inhemskt arbete i enlighet med artikel 72 i förordning nr 1408/71.

37. Kommissionen har gjort gällande att artikel 72 i förordning nr 1408/71 ska tolkas mot bakgrund av dess mål, nämligen att förverkliga den fria rörligheten för personer. En sådan tolkning är förenlig med domarna i målen Öberg och Rockler. I artikel 8 c i avtalet föreskrivs att de avtalsslutande parterna i enlighet med bilaga II ska fastställa bestämmelser för samordning av systemen för social trygghet för att säkerställa sammanläggning av samtliga perioder som beaktas i de olika

15 — Ovan fotnot 5.
16 — Ovan fotnot 4.

nationella lagstiftningarna vilka bland annat ger upphov till en förmånsrätt. Enligt artikel 1 i bilaga II till avtalet åtar sig parterna att tillämpa vissa EU-rättsakter, däribland förordning nr 1408/71. Kommissionen anser att de aktuella bestämmelserna i avtalet är uttryckliga bestämmelser som i enlighet med domstolens praxis [17] ska tolkas analogt enligt motsvarande unionsrättsliga principer. Följaktligen anser kommissionen, i överensstämmelse med domarna i målen Öberg och Rockler, att artikel 72 i förordning nr 1408/71 ska tolkas så att den innebär att perioder som fullgjorts i en annan medlemsstat inte nödvändigtvis måste läggas samman med perioder som fullgjorts i den medlemsstat där förmånen begärs, eftersom EU-medborgare i så fall skulle avhålla sig från att utöva förvärvsverksamhet i en annan medlemsstat. För det fall domstolen anser att en försäkrings- eller anställningsperiod ska ha fullgjorts i Sverige, har kommissionen gjort gällande att Elisabeth Bergströms make började arbeta i Sverige den 1 september 2002 och att han fullgjorde den nödvändiga perioden i enlighet med domen i målet Hoever och Zachow, [18] som innebär att familjeförmåner, på grund av deras konstruktion, inte kan anses komma i fråga för en person oberoende av dennes familjesituation. I fall då bidrag beviljas för att täcka en familjs utgifter, saknar nämligen valet av vilken förälder bidraget ska utges till betydelse.

38. Det är ostridigt att de enligt svensk rätt tillgängliga bidrag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen utgör sådana ”familjeförmåner” som avses i artikel 4.1 i förordning nr 1408/71. [19]

39. Även om en medlemsstat, i enlighet med principen att medlemsstater är behöriga att fastställa villkoren för att bevilja sociala trygghetsförmåner, har rätt att föreskriva en kvalifikationstid för förvärv av en rätt till en familjeförmån, anges i artikel 48 a FEUF principen om sammanläggning av vissa perioder som ska beaktas av medlemsstaterna. Inom ramen för den aktuella frågeställningen har

17 — Domen i målet Grimme (ovan fotnot 7), dom av den 11 februari 2010 i mål C-541/08, Fokus Invest (REU 2010, s. I-1025), och av den 15 juli 2010 i mål C-70/09, Hengartner och Gasser (REU 2010, s. I-7233).

18 — Dom av den 10 oktober 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94, Hoever och Zachow (REG 1996, s. I-4895), punkt 37.

19 — I dom av den 11 juni 1998 i mål C-275/96, Kuusijärvi (REG 1998, s. I-3419), punkt 57, upprepade domstolen sin fasta praxis, enligt vilken en förmån kan anses vara en social trygghetsförmån, och omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71, i den mån som den beviljas förmånstagaren – utan någon individuell och skönsmässig bedömning av dennes personliga behov – på grundval av en situation som definieras i lag och då den hänför sig till någon av de risker som uttryckligen anges i artikel 4.1 i förordning nr 1408/71. I nämnda mål fann domstolen att bestämmelserna i svensk rätt om beviljande av föräldrapenning ger förmånstagaren en i lagen definierad rätt och att föräldrapenning ges till personer som uppfyller vissa objektiva kriterier, utan någon individuell och skönsmässig bedömning av deras personliga behov. Domstolen fann vidare att den aktuella familjeförmånen har till syfte att ge en av föräldrarna möjlighet att ägna sig åt ett litet barns uppfostran, närmare bestämt att utgöra ersättning för uppfostran av barnet, att täcka andra kostnader för vård och uppfostran och att i förekommande fall mildra de ekonomiska nackdelar som följer av att en förälder avstår från inkomst av förvärvsverksamhet. Förmånen likställdes således med en familjeförmån i den mening som avses i artiklarna 1 u i och 4.1 h i förordning nr 1408/71. Se även punkterna 58–60.

denna princip kommit till uttryck i artikel 72 i förordning nr 1408/71 i förhållande till familjeförmåner. Principen om sammanläggning utgör en av de grundläggande principerna för samordningen inom unionen av medlemsstaternas system för social trygghet och syftar till att säkerställa att den i fördraget reglerade rätten till fri rörlighet inte leder till att en arbetstagare fråntas de sociala skyddsförmåner som han hade kunnat göra anspråk på om han endast hade varit verksam i en medlemsstat. En sådan konsekvens skulle nämligen kunna medföra att arbetstagare i unionen avskräcks från att utöva rätten till fri rörlighet, vilket därmed skulle utgöra ett hinder för denna frihet. [20]

40. I artikel 72 i förordning nr 1408/71, som har rubriken ”[s]ammanläggning av försäkringsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare”, föreskrivs att om en medlemsstat för rätt till förmåner ställer krav på fullgjorda försäkrings- eller anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare, ska sådana perioder som fullgjorts i en annan medlemsstat behandlas som om de hade fullgjorts i den egna medlemsstaten. Även om ordet ”sammanläggning” [21] i rubriken till artikel 72 i nämnda förordning teoretiskt sett skulle kunna ge upphov till oklarhet, eftersom det, liksom den nationella domstolen har anmärkt, möjligen skulle kunna innebära ett krav på att två eller flera relevanta perioder i olika medlemsstater ska läggas samman och därför utesluta en enstaka period som fullgjorts enbart i en annan medlemsstat än den i vilken den behöriga institutionen är belägen, anser jag att den entydiga ordalydelsen i artikel 72 i förordningen inte lämnar något utrymme för tvivel och inte på något sätt stöder den tolkning som framförts av den svenska regeringen, den finländska regeringen och Förenade kungarikets regering.

41. Redan en bokstavlig tolkning av artikel 72 i förordning nr 1408/71 ger klart stöd för bedömningen att en aktuell period som i sin helhet har fullgjorts i en annan medlemsstat än den behöriga institutionens medlemsstat ska jämställas med en period som fullgjorts i den behöriga institutionens medlemsstat [22] och att ett fullgörande av denna period i sig kan ge upphov till rättigheter i den sistnämnda medlemsstaten. Den behöriga institutionens medlemsstat kan inte åberopa den entydiga ordalydelsen i artikel 72 som stöd för att

20 — Se, analogt, dom av den 20 januari 2005 i mål C-306/03, Salgado Alonso (REG 2005, s. I-705), punkterna 28 och 29. Se även dom av den 3 mars 2011 i mål C-440/09, Tomaszewska (REU 2011, s. I-1033), punkterna 30 och 31.

21 — ”Totalisation” på franska, vilket är samma ord som används i artikel 48 a FEUF.

22 — För ett annorlunda synsätt enbart i syfte att jämföra olika formuleringssätt, se artiklarna 67.1–67.3 i förordning nr 1408/71.

därutöver införa ytterligare krav på att en inhemsk försäkringsperiod ska fullgöras.

42. Jag anser vidare att punkt 1 i avsnitt N i bilaga 6 till förordning nr 1408/71, avseende Sverige, som med avseende på tillämpningen av artikel 72 i samma förordning föreskriver att försäkringsperioder som fullgjorts i en annan medlemsstat vid fastställandet av en persons rätt till föräldraförmån ska anses vara grundade på samma genomsnittsinkomst som de svenska försäkringsperioder som de läggs samman med, inte ska tolkas så att den innebär att det enligt svensk rätt kan krävas en försäkrings- eller anställningsperiod för att förvärva en rätt till familjeförmåner. Enligt min uppfattning följer det tydligt av ordalydelsen i punkt 1 i avsnitt N i bilaga 6 till förordning nr 1408/71 att den ska tillämpas tillsammans med artikel 72 i samma förordning. Jag anser inte heller att punkt 1 i avsnitt N i bilaga 6 till förordningen innebär, eller ens antyder, att en försäkringsperiod måste fullgöras i Sverige. Enligt min uppfattning blir punkt 1 i avsnitt N i nämnda förordning faktiskt endast aktuell när det finns två relevanta försäkringsperioder för samma person, en period i Sverige och en i en annan medlemsstat. Under sådana förhållanden innehåller punkt 1 i avsnitt N i bilaga 6 till förordningen särskilda bestämmelser för Sverige om föräldrapenninggrundande inkomst. Punkt 1 i avsnitt N i bilaga 6 till förordningen är därför enligt min uppfattning inte av betydelse för sakomständigheterna i det nationella målet.

43. Utöver en bokstavlig tolkning av de relevanta bestämmelserna i förordning nr 1408/71, får enligt min mening ovannämnda resonemang dessutom stöd av domstolens praxis samt av målen med och bestämmelserna i avtalet. I domarna i målen Öberg [23] och Rockler [24] fastslog domstolen, med avseende på svensk lagstiftning om föräldraledighet, att nationell lagstiftning som innebär att de perioder under vilka en arbetstagare har omfattats av Europeiska gemenskapernas sjukförsäkringssystem inte beaktas vid beräkning av föräldrapenning kan avskräcka medborgarna i en medlemsstat från att lämna denna stat i syfte att utöva yrkesverksamhet på en av Europeiska unionens institutioner i en annan medlemsstat. Genom att acceptera en anställning vid en sådan institution förlorar de nämligen möjligheten att med stöd av det nationella sjukförsäkringssystemet erhålla en familjeförmån som de skulle ha haft rätt till om de inte hade accepterat denna anställning. Följaktligen fann domstolen att den svenska lagstiftningen om föräldrapenning som var i fråga i målen Öberg [25] och Rockler [26] utgjorde ett hinder för den fria rörligheten för arbetstagare enligt artikel 39 EG (nu artikel 45 FEUF). Enligt min åsikt kan domstolens bakomliggande motivering i dessa mål inte, såsom Förenade kungarikets regering gjort gällande vid förhandlingen, begränsas till de särskilda omständigheterna i dessa mål, nämligen dem som rör tidigare anställda i

23 — Se punkt 16 (ovan fotnot 5).
24 — Se punkt 19 (ovan fotnot 4).
25 — Se punkt 17.
26 — Se punkt 20.

Europeiska unionens institutioner. Nämnda avgöranden understryker principen om sammanläggning i artikel 48 a FEUF [27], som i princip kräver att försäkrings- och anställningsperioder jämte perioder som egenföretagare som fullgjorts av en migrerande arbetare i en annan medlemsstat, bland annat i syfte att förvärva rätt till en social trygghetsförmån som en medlemsstat tillhandahåller, helt ska likställas med perioder som fullgjorts i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen. Såsom jag ser det måste undantag från denna regel inom ramen för sociala trygghetsförmåner uttryckligen och entydigt ha slagits fast av unionslagstiftaren. [28] I oklara fall ska, enligt min uppfattning, principen om sammanläggning äga företräde.

44. Således följer det av artiklarna 45 och 48 a FEUF samt av domstolens motivering i målen Öberg och Rockler att de aktuella försäkrings- och anställningsperioderna i artikel 72 i förordning nr 1408/71 som helhet kan fullgöras genom anställning och försäkring i en annan medlemsstat än den där den behöriga institutionen är belägen. Ett krav på att en försäkrings- eller anställningsperiod ska ha fullgjorts i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen [29] skulle kunna avskräcka en medborgare i den medlemsstaten från att lämna det egna landet för att utöva sin rätt till fri rörlighet. [30]

45. Såsom den nationella domstolen har anfört kan emellertid inte tolkningen av de unionsrättsliga bestämmelserna om en gemensam marknad automatiskt tillämpas analogt vid tolkningen av avtalet, om det inte finns uttryckliga bestämmelser därom i själva avtalet. [31] Tvisten i målet vid den nationella domstolen måste därför bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i avtalet.

46. Det är fast rättspraxis att Schweiziska edsförbundet, vid tillämpningen av förordning nr 1408/71, ska likställas med EU-medlemsstaterna. [32] Artikel 72 i nämnda förordning omfattar således Schweiziska edsförbundet.

47. Även om domarna i målen Öberg och Rockler grundade sig på artikel 39 EG (nu

27 — Bestämmelsen infördes för att garantera principen om fri rörlighet för arbetare i artikel 45 FEUF.

28 — Se, exempelvis, artikel 67.3 i förordning nr 1408/71 som avser det särskilda fallet med arbetslöshetsförmåner.

29 — Om bestämmelsen, i strid med bestämmelsens entydiga ordalydelse och således, enligt min uppfattning, EU-lagstiftarens uttryckliga och entydiga vilja, skulle innebära ett sådant krav, uppkommer frågan hur lång den relevanta försäkringsperioden i medlemsstaten där den behöriga institutionen är belägen minst måste vara. Enligt beslutet om hänskjutande har Försäkringskassan gjort gällande att försäkringsperioder som fullgjorts i en annan medlemsstat kan inräknas vid bedömningen av om 240-dagarskravet för föräldrapenning i Sverige har fullgjorts, förutsatt att *den sista dagen* av 240-dagarsperioden har fullgjorts i Sverige.

30 — Se domen i målet Öberg (ovan fotnot 5), punkt 15, och i målet Rockler (ovan fotnot 4), punkt 18.

31 — Se domarna i målen Grimme (ovan fotnot 7) och Fokus Invest (ovan fotnot 18).

32 — Se punkterna 31–33 ovan.

artikel 45 FEUF) och därför inte är direkt tillämpliga i det nationella målet, anser jag att domstolens motivering i dessa mål, tillsammans med principen om sammanläggning som bland annat införts i artikel 48 a FEUF och den rättspraxis som utvecklats i samband därmed, i tillämpliga delar ska tillämpas på tvisten i det nationella målet. Detta är nödvändigt för att ge konkret verkan åt ändamålen med avtalet om fri rörlighet för personer, särskilt de som slagits fast i artikel 1 a och d i avtalet. Det ska dessutom understrykas att det, i fråga om att förvärva och bibehålla sociala trygghetsförmåner, i artikel 8 c i avtalet införts en uttrycklig hänvisning till principen om sammanläggning.

B — *Fråga 2 – storleken på förmånerna*

48. Med avseende på det nationella målet, skulle det enligt min åsikt utgöra ett allvarligt hot mot målen för avtalet om försäkrings- och anställningsperioder samt perioder som egenföretagare som fullgjorts i Schweiz, vilka i detta fall synes ha varit relativt långa, [33] om dessa mål, när personen återvänder till EU, endast kan beaktas för förvärv av familjeförmåner när de perioder som fullgjorts i Schweiz läggs samman med en teoretisk minsta period under vilken personen i fråga ska ha varit försäkrad, anställd eller verksam som egenföretagare i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen.

49. Jag anser därför att, om lagstiftningen i en medlemsstat för rätt till förmåner ställer krav på fullgjorda försäkrings- eller anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare, den behöriga institutionen i den staten, enligt artiklarna 1 och 8 i avtalet samt artikel 72 i förordning nr 1408/71, för detta ändamål ska beakta försäkrings- och anställningsperioder samt perioder av verksamhet som egenföretagare som i sin helhet har fullgjorts i Schweiz.

50. Den nationella domstolen har ställt den andra frågan i syfte att få klarhet i huruvida en person som före sin föräldraledighet arbetade i Schweiz och därmed inte hade någon sjukpenninggrundande inkomst i Sverige, enligt avtalet samt enligt artiklarna 3.1 och 72 i förordning nr 1408/71, ändå har rätt till föräldrapenning på sjukpenningnivå beräknad utifrån inkomsten i Schweiz.

51. Såsom anges i det andra och det fjärde skälet är syftet med förordning nr 1408/71 att säkerställa fri rörlighet för arbetstagare och egenföretagare inom Europeiska unionen, samtidigt som särdragen i den nationella lagstiftningen om social trygghet beaktas. I så måtto, vilket följer av femte, sjätte och tionde skälen, upprätthåller förordningen principen om att alla arbetstagare ska behandlas lika

33 — Se punkt 14 ovan.

enligt medlemsstaternas olika lagstiftningar och syftar till att på bästa sätt säkerställa likabehandling av alla arbetstagare som är sysselsatta på en medlemsstats territorium samt att inte missgynna de arbetstagare som utövar sin rätt till fri rörlighet. [34]

52. Såsom den nationella domstolen och kommissionen har angett innehåller förordning nr 1408/71 särskilda bestämmelser om beräkning av vissa typer av förmåner. Till skillnad från exempelvis artiklarna 23, 47, 58 och 68 i nämnda förordning, rörande beräkningen av förmåner vid sjukdom och moderskap, ålders- och invaliditetspension, förmåner vid olycksfall i arbetet, arbetssjukdomar och arbetslöshet, innehåller förordningen dock inte någon särskild bestämmelse om beräkning av familjeförmåner som är tillämplig på de faktiska omständigheterna i det nationella målet. [35]

53. Den svenska och den finländska regeringen samt kommissionen har anfört att artikel 23 i förordning nr 1408/71, som avser beräkningen av kontantförmåner med utgångspunkt från en genomsnittlig inkomst vid sjukdom och moderskap, ska tillämpas analogt vid beräkningen av de förmåner som är föremål för prövning i den nationella domstolen. Den svenska och den finländska regeringen har gjort gällande att endast inkomster som intjänats i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen ska beaktas i detta syfte. Kommissionen har anfört att det finns en allmän princip om att inkomster som intjänats i en annan medlemsstat inte ska beaktas vid beräkning av förmåner. Om de svenska myndigheterna endast skulle utge föräldrapenning på grundnivå till Elisabeth Bergström, skulle de dock behandla migrerande arbetstagare och arbetstagare som stannat i Sverige på olika sätt. För att undvika en sådan diskriminering bör genomsnittsinkomsten för en person med samma sysselsättning och kvalifikationer som Elisabeth Bergström läggas till grund för den aktuella beräkningen.

54. Utan en uttrycklig bestämmelse i förordning nr 1408/71 om beräkningen av familjeförmåner och, således, om samordningen av dem, måste de aktuella familjeförmånerna som omfattas av förordningen beräknas på grundval av lagstiftningen i den behöriga medlemsstaten, förutsatt att de villkor som tillämpas inte leder till öppen eller dold diskriminering mellan arbetstagare i Europeiska unionen. Nationella bestämmelser om beräkning av förmånen är därför tillämpliga förutsatt att de är förenliga med artikel 3.1 i förordning nr 1408/71.

55. Enligt den nationella domstolen och den svenska regeringen är avsikten med

34 — Dom av den 9 mars 2006 i mål C-493/04, Piatkowski (REG 2006, s. I-2369) punkt 19.

35 — I begäran om förhandsbesked angav den nationella domstolen att det är otvistigt att Elisabeth Bergström inte omfattas av artiklarna 71.1 a ii, 71.1 b ii eller 72a i förordning nr 1408/71.

artikel 3.1 i förordning nr 1408/71 endast att säkerställa att de utländska medborgare som omfattas av bestämmelsen har samma rättigheter och skyldigheter som medlemsstatens egna medborgare. Den nationella domstolen anser därför att det är oklart om rätten till likabehandling även gäller migrerande arbetstagare som är medborgare i det egna landet [36] och om artikel 3.1 innebär att inkomster som intjänats i en annan medlemsstat ska jämställas med inhemska inkomster vid beräkning av inkomstrelaterade familjeförmåner. Om så är fallet uppkommer frågan om detta även gäller i förhållande till Schweiz, ett land för vilket fördraget inte gäller. Den svenska regeringen anser att medlemsstaterna kan behandla sina egna medborgare mindre förmånligt än andra EU-medborgare.

56. I domen i målet Petit [37] slog domstolen fast att principen om fri rörlighet och förordning nr 1408/71, i synnerhet artikel 3 däri, inte var tillämpliga på situationer som i alla avseenden avser en enda medlemsstat. Av handlingarna i målet framgår att omständigheterna i målet i den nationella domstolen inte uteslutande avser en intern situation som inte har någon anknytning till de förhållanden som avses i unionsrätten och som i alla relevanta delar är begränsad till en och samma medlemsstat. [38]

57. Icke-diskrimineringsprincipen, såsom den konkretiserats i fråga om social trygghet genom artikel 3.1 i förordning nr 1408/71, förbjuder inte bara öppen diskriminering på grund av nationaliteten hos förmånstagarna av de sociala trygghetssystemen, utan även all dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat. [39]

58. Nationella villkor som visserligen gäller oberoende av nationalitet men som väsentligen eller till klart största delen drabbar migrerande arbetstagare samt villkor som gäller utan åtskillnad men som lättare kan uppfyllas

36 — Se domen i målet Klöppel (ovan fotnot 6), punkterna 17 och 18.

37 — Dom av den 22 september 1992 i mål C-153/91, Petit (REG 1992, s. I-4973), punkt 10.

38 — Dom av den 1 april 2008 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (REG 2008, s. I-1683), punkt 33. Det är fast rättspraxis att alla medborgare i en medlemsstat som har använt sig av rätten till fri rörlighet för arbetare och har förvärvsarbetat i en annan medlemsstat omfattas, oavsett bosättningsort och nationalitet, av tillämpningsområdet för artikel 45 FEUF. Se särskilt, i detta avseende, dom av den 23 februari 1994 i mål C-419/92, Scholz (REG 1994, s. I-505), punkt 9, och av den 18 juli 2007 i mål C-212/05, Hartmann (REG 2007, s. I-6303), punkt 17.

39 — Se, i detta avseende, dom av den 18 januari 2007 i mål C-332/05, Celozzi (REG 2007, s. I-563), punkterna 13 och 23 samt i målet Klöppel (ovan fotnot 6), punkt 17.

av arbetstagare som är medborgare i landet än av migrerande arbetstagare ska således anses vara indirekt diskriminerande. Indirekt diskriminerande är även sådana villkor som innebär en risk för att särskilda nackdelar uppkommer för migrerande arbetstagare. [40] Det är i detta avseende inte nödvändigt att slå fast att den aktuella bestämmelsen i praktiken påverkar en väsentligt större andel migrerande arbetstagare. Det är tillräckligt att bestämmelsen kan få sådana verkningar. [41]

59. Det förhåller sig endast annorlunda om bestämmelserna dels grundas på objektiva hänsyn, som är oberoende av de berörda arbetstagarnas medborgarskap, dels står i proportion till det syfte som eftersträvas med de nationella bestämmelserna. [42]

60. Det följer av domen i målet Borawitz [43] att det faktum att den person som ansöker om sociala trygghetsförmåner är medborgare i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen inte nödvändigtvis hindrar att artikel 3.1 i förordning nr 1408/71 tillämpas på den aktuella situationen, förutsatt att det har bevisats att det är troligt att medborgare i andra medlemsstater, eller i detta fall även Schweiz, kommer att påverkas i större utsträckning än medborgare i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen. [44]

61. Jag anser att nationell lagstiftning av det slag som är föremål för prövning i den nationella domstolen, som i praktiken innebär att endast inkomst intjänad i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen (Sverige) får beaktas för rätt till föräldraförmåner på sjukpenningnivå som är högre än grundnivån, riskerar att vara till nackdel främst för medborgare i andra medlemsstater och Schweiz, eftersom kravet på att intjäna inkomst i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen (Sverige) och att vara försäkrad för sjukpenning till en högre nivå än den lägsta nivån i fråga troligen lättare skulle kunna uppfyllas av medborgare i den sistnämnda staten (svenska medborgare).

40 — Domen i målet Celozzi (ovan fotnot 39), punkt 24, och i målet Klöppel (ovan fotnot 6), punkt 18.

41 — Se dom av den 28 april 2004 i mål C-373/02, Öztürk (REG 2004, s. I-3605), punkt 57.

42 — Domen i målet Celozzi (ovan fotnot 39), punkt 25.

43 — Dom av den 21 september 2000 i mål C-124/99 (REG 2000, s. I-7293).

44 — Se även Klöppel (ovan fotnot 6), punkterna 17–22.

62. Dessutom undergräver sådan lagstiftning själva målen med fri rörlighet för personer och jämställda levnadsvillkor som anges i artiklarna 1 a och 1 d i avtalet samt den särskilda principen i artikel 8 a i nämnda avtal om att garantera likabehandling inom ramen för socialförsäkringssystemen. Enligt min uppfattning avser sistnämnda artikel också att garantera att personer som utnyttjar rätten till fri rörlighet inte diskrimineras i förhållande till andra arbetstagare i liknande situationer som inte har utnyttjat denna rättighet. [45]

63. Enligt den relevanta svenska lagstiftningen riskerar en migrerande arbetstagare som Elisabeth Bergström att erhålla lägre familjeförmåner än hon skulle ha erhållit om hon inte hade utnyttjat sin rätt till fri rörlighet enligt avtalet. Av beslutet om hänskjutande framgår att Elisabeth Bergström uppbär föräldrapenning på grundnivån medan arbetstagare i motsvarande situation som arbetar i Sverige har rätt till dessa förmåner, beräknade utifrån deras sjukpenninggrundande inkomst.

64. Utan en specifik unionsrättslig bestämmelse med detta innehåll krävs det inte, för att avhjälpa denna diskriminering, att Elisabeth Bergström beviljas familjeförmåner på sjukpenningnivå beräknade utifrån hennes inkomst i Schweiz. Skyldigheten att avhjälpa diskrimineringen innebär endast att Elisabeth Bergströms familjeförmåner måste vara lika höga som de skulle ha varit om hon inte hade utnyttjat sin rätt till fri rörlighet och stannat i Sverige. [46] Inkomstnivån i Sverige bör därför användas som jämförelse eller utgångspunkt. [47] Under sådana förhållanden som de som är för handen i målet i den nationella domstolen, bör storleken på familjeförmånen på sjukpenningnivå beräknas utifrån den inkomst som intjänas av en arbetstagare i Sverige med liknande arbete, yrkeserfarenhet och kvalifikationer.

65. Vid förhandlingen angav den svenska regeringen att balansen i det svenska socialförsäkringssystemet allvarligt skulle rubbas om föräldrapenningen på sjukpenningnivå inte

45 — I detta avseende är det värt att notera att ordalydelsen i artikel 8 a i avtalet, som ger uttryck för målet att garantera likabehandling inom ramen för samordning av socialförsäkringssystem, är mycket vid och inte direkt avser diskriminering på grundval av nationalitet.

46 — Se, analogt, dom av den 12 september 1996 i mål C-251/94, Lafuente Nieto (REG 1996, s. I-4187), punkt 39, av den 9 oktober 1997 i de förenade målen C-31/96-C-33/96, Naranjo Arjona m.fl. (REG 1997, s. I-5501), punkt 21, av den 17 december 1998 i mål C-153/97, Grajera Rodríguez (REG 1998, s. I-8645), punkt 18, och av den 9 november 2006 i mål C-205/05, Nemec (REG 2006, s. I-10745), punkt 41. Ovan angivna mål avser artikel 58 i förordning nr 1408/71. Det ska anmärkas att bestämmelserna i artikel 23.1 i denna förordning i stor utsträckning liknar bestämmelserna i artikel 58.1 i förordningen.

47 — Se, analogt, generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Nemec (ovan fotnot 46).

relaterades till faktiska försäkringsavgifter. [48] Förutom det faktum att ett sådant påstående är överdrivet generellt och att det helt saknas bevisning för att det finns en risk att allvarligt undergräva den ekonomiska balansen i det svenska socialförsäkringssystemet, skulle det enligt min uppfattning vara svårt att bevisa en sådan risk, eftersom det av beslutet om hänskjutande framgår att storleken på den föräldrapenning som ska utgå till en familj under nämnda förhållanden begränsas genom ett lagreglerat tak och endast utgår under viss tid.

66. Förenade kungarikets regering och kommissionen har i denna domstol i korthet gjort gällande att Elisabeth Bergströms makes inkomst skulle kunna läggas till grund för beräkningen av föräldrapenningen. [49] En sådan lösning ska visserligen inte uteslutas, men jag tycker inte att domstolen ska pröva denna teoretiska fråga, eftersom den inte tydligt gjordes gällande i beslutet om hänskjutande och då domstolens uttalanden i det avseendet, utan tillräcklig information i frågan, skulle vara tämligen spekulativa.

67. Jag anser därför att avtalet och artiklarna 3.1 och 72 i förordning nr 1408/71 inte fordrar att inkomster som intjänats i Schweiz ska jämställas med inhemska inkomster vid bedömningen av rätt till familjeförmåner i form av inkomstrelaterad ersättning för vård av barn, utan att inkomstnivån i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen ska ligga till grund för en jämförelse eller användas som utgångspunkt. Vid beräkningen av storleken på familjeförmånen på sjukpenningnivå ska den nationella domstolen utgå från den inkomst som uppbärs av en arbetstagare i den medlemsstaten med liknande arbete, yrkeserfarenhet och kvalifikationer.

48 — Enligt beslutet om hänskjutande gjorde Försäkringskassan gällande i målet vid den nationella domstolen att det skulle undergräva finansieringen av socialförsäkringssystemet om inkomst från anställning i ett annat land för vilket sociala avgifter inte utgår i Sverige lades till grund för förmånen.

49 — Se även punkt 37 ovan avseende kommissionens alternativa yttranden i fråga om Elisabeth Bergströms make.

VII — Förslag till avgörande

68. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen ska besvara regeringsrättens tolkningsfrågor på följande sätt:

1) Om lagstiftningen i en medlemsstat för rätt till förmåner ställer krav på fullgjorda försäkrings- eller anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare, ska den behöriga institutionen i den medlemsstaten, enligt artiklarna 1 och 8 i avtalet mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan, om fri rörlighet för personer, undertecknat i Luxemburg den 21 juni 1999 (nedan kallat avtalet) och enligt artikel 72 i förordning nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, för detta ändamål beakta försäkrings- och anställningsperioder samt perioder av verksamhet som egenföretagare som i sin helhet har fullgjorts i Schweiz.

2) Avtalet och artiklarna 3.1 och 72 i förordning nr 1408/71 fordrar inte att inkomster som intjänats i Schweiz ska jämställas med inhemska inkomster vid bedömning av rätt till familjeförmån i form av inkomstrelaterad ersättning för vård av barn, utan inkomstnivån i den medlemsstat där den behöriga institutionen är belägen ska ligga till grund för en jämförelse eller användas som utgångspunkt. Vid beräkningen av storleken på familjeförmånen på sjukpenningnivå ska den nationella domstolen utgå från den inkomst som uppbärs av en arbetstagare i den medlemsstaten med liknande arbete, yrkeserfarenhet och kvalifikationer.