FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 26. november 1992 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. I denne sag har Nederlandenes Hoge Raad anmodet om en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af afsnit J, nr. 2, litra a), i bilag VI til Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983, EFT L 230, s. 6).

2. Indstævnte i hovedsagen, A. de Wit, der er nederlandsk statsborger, er født den 10. juni 1920. Han var bosiddende i Nederlandene indtil den 20. november 1945, da han blev tjenestemand i det nederlandske Krigsministerium og blev udsendt til Tyskland. Den 27. oktober 1947 blev han officielt slettet af folkeregisteret i den by, hvor han tidligere havde haft bopæl i Nederlandene. På et senere tidspunkt blev han overflyttet til Udenrigsministeriet, og i 1950 blev han udsendt til Sydafrika. Han forblev i nederlandsk diplomatisk tjeneste i de følgende 28 år, og som det fremgår af et dokument i Hoge Raads sagsakter, forrettede han tjeneste mange forskellige steder i udlandet, nemlig: Sydafrika (1950-1959), USA (1959-1963), Indonesien (1963-1965), Australien (1965-1969), Hongkong (1969-1972), Indien (1972-1975) og Ecuador (1976-1977). Han trak sig tilbage den 1. august 1978 og bosatte sig i Irland. Den 10. juni 1985 fyldte han 65 år og fik tilkendt alderspension i henhold til Algemene Ouderdomswet (den nederlandske lov om almindelig alderdomsforsikring, herefter »AOW«).

3. Denne lov, som trådte i kraft den 1. januar 1957, bestemmer, at enhver ved sit fyldte 65. år har ret til fuld alderspension, såfremt han har været forsikret i 50 år i perioden mellem det fyldte 15. og 65. år. Forsikrede er a) personer, der har bopæl i Nederlandene, og b) personer, der er indkomstskattepligtige på grund af lønnet beskæftigelse udført i Nederlandene, mens de har bopæl uden for Nederlandene. Den fulde pension nedsættes med 2% for hvert år, den pågældende person ikke har været forsikret (AOW's artikel 13, stk. 1).

4. AOW's artikel 6, stk. 1, litra c), bestemte oprindeligt, at en nederlandsk statsborger, der havde bopæl i udlandet, og som modtog løn fra staten for tjeneste i udlandet, også var forsikret. Med virkning fra den 1. januar 1965 blev denne bestemmelse ophævet og erstattet af AOW's artikel 3, stk. 4, der lyder:

* Originalsprog: engelsk.

»En nederlandsk statsborger, der forretter tjeneste for en nederlandsk offentligretlig juridisk person, og som har bopæl uden for Kongeriget Nederlandene ... anses for at have bopæl i Nederlandene.«

5. Artikel 3, stk. 4, blev på sin side ophævet med virkning fra den 1. april 1985. Fra dette tidspunkt anses en nederlandsk statsborger, der har bopæl uden for Nederlandene, og som gør tjeneste for en nederlandsk offentligretlig juridisk person, igen for at være forsikret. Der ser ikke ud til at være nogen forskel i retsvirkningerne af disse tre på hinanden følgende bestemmelser, og på grundlag deraf var De Wit forsikret i henhold til AOW fra den 1. januar 1957, indtil han tog sin afsked i 1978.

6. Problemerne med hensyn til De Wit's situation vedrører perioden før AOW's ikrafttræden den 1. januar 1957. For at gøre det muligt for personer, som allerede var fyldt 15 år på dette tidspunkt, at opnå fuld pension fra deres fyldte 65. år, indeholdt AOW's artikel 55 og 56 nogle overgangsbestemmelser. Efter disse bestemmelser kunne perioden mellem det fyldte 15. år og den 1. januar 1957 anses for forsikringsperioder på betingelse af, at den pågældende havde bopæl i Nederlandene, på De Nederlandske Antiller eller på Aruba i en periode på seks år efter det fyldte 59. år, og at han har bopæl i Nederlandene på det tidspunkt, da han gør krav gældende på pension. De Wit opfylder ingen af disse betingelser, da han har haft bopæl i Irland, siden han fyldte 58 år.

7. Uden støtte i fællesskabsretlige bestemmelser synes De Wit ikke at kunne få nogen pension for perioden før den 1. januar 1957. Spørgsmålet er, om han kan støtte ret på forordning nr. 1408/71 for så vidt angår denne periode. Afsnit J (Nederlandene), nr. 2, litra a), i bilag VI til forordningen, som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 2332/89 af 18. juli 1989 (EFT L 224, s. 1), har følgende ordlyd:

»Den i artikel 13, stk. 1, i lov om almindelig alderdomsforsikring (AOW) omhandlede nedsættelse finder ikke anvendelse på kalenderår eller dele heraf før den 1. januar 1957, i hvilke den pensionsberettigede, der ikke opfylder betingelserne for, at nævnte perioder kan ligestilles med forsikringsperioder, mellem det fyldte 15. og 65. år har været bosiddende i Nederlandene, eller i hvilke han har haft lønnet beskæftigelse i Nederlandene for en arbejdsgiver i nævnte land, medens han var bosat på en anden medlemsstats område.«

Nr. 2, litra e), har følgende ordlyd:

»Litra a), b), c) og d), finder kun anvendelse, såfremt den pensionsberettigede har været bosiddende i en eller flere medlemsstater i seks år efter det fyldte 59. år, og kun så længe han fortsat er bosiddende i en af disse medlemsstater.«

8. I henhold til denne bestemmelse fandt den kompetente institution (Sociale Verzekeringsbank, herefter »SVB«), at De Wit måtte anses for forsikret fra den 10. juni 1935 (da han fyldte 15 år) og indtil den 27. oktober 1947. Men den nægtede at behandle ham som forsikret i perioden fra den 27. oktober 1947 til den 1. januar 1957 og fra den 1. august 1978 til den 10. juni 1985, da han ikke var bosiddende i Nederlandene i disse perioder.

Derfor blev hans pension fastsat til 68% af den fulde pension (dvs. 100% minus 32% for de 16 år, hvor han ikke havde været forsikret).

9. Der synes at være enighed om, at SVB havde ret til at nedsætte De Wit's pension for så vidt angår den anden periode, hvor han ikke var forsikret (dvs. perioden fra den 1.8.1978 til den 10.6.1985, da han var bosiddende i Irland efter sin pensionering). Tvisten mellem parterne drejer sig om, hvorvidt SVB havde ret til at nedsætte De Wit's pension med hensyn til perioden fra den 27. oktober 1947 til den 1. januar 1957, da han forrettede tjeneste for den nederlandske stat i Tyskland og Sydafrika.

10. De Wit indbragte SVB's afgørelse for Raad van Beroep, som frifandt sagsøgte. Han indankede derefter sagen til Centrale Raad van Beroep, som gav ham medhold. Centrale Raad van Beroep fandt, at for så vidt angår afsnit J, nr. 2, litra a), i tillæg VI til forordning nr. 1408/71 skal der tages hensyn til den fiktive bopæl, som der er fastsat bestemmelse om i AOW's artikel 3, stk. 4 (ophævet med virkning fra den 1.1.1985), hvori det var bestemt, at en nederlandsk statsborger, der havde bopæl uden for Nederlandene, og som forrettede tjeneste for en nederlandsk offentligretlig juridisk person, skulle anses for at have bopæl i Nederlandene. De Wit skulle derfor behandles som en person, der havde bopæl i Nederlandene i den pågældende periode. SVB indgav kassationsanke til Nederlandenes Hoge Raad, som har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Skal begrebet 'bosat på nederlandsk område', henholdsvis 'bosiddende i Nederlandene' i afsnit J, nr. 2, litra a), i bilag VI til Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971, fortolkes således, at det udelukkende omfatter en faktisk bopæl på nederlandsk område, henholdsvis i Nederlandene, eller således, at det også omfatter en fiktiv bopæl på nederlandsk område, henholdsvis i Nederlandene, for nederlandske statsborgere, som har bopæl uden for Kongeriget Nederlandene, og som forretter tjeneste for en nederlandsk offentligretlig juridisk person, jf. AOW's artikel 3, stk. 4 (i den tidligere affattelse)?«

11. Ved første øjekast er det måske overraskende, at forordning nr. 1408/71 skulle have nogen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt De Wit's bopæl i en ikke-medlemsstat (Sydafrika) inden oprettelsen af Fællesskabet har nogen indvirkning på hans pension. Det samme kan siges om De Wit's bopæl i Tyskland inden oprettelsen af Fællesskabet. Dette ser ikke ud til at have meget at gøre med arbejdskraftens frie bevægelighed i henhold til traktatens artikel 48 ff. Det er naturligvis for at sikre arbejdskraftens frie bevægelighed, at forordning nr. 1408/71 er blevet udstedt i medfør af traktatens artikel 51.

12. Der er dog en god grund til, at forordning nr. 1408/71 bør have betydning i sådanne sager. Såfremt De Wit, efter at han var fyldt 59 år, havde været bosiddende i Nederlandene i en periode på seks år, som det kræves, ville årene forud for den 1. januar 1957 være blevet behandlet som forsikringsperioder i henhold til AOW's artikel 55, og han ville have haft ret til pension for disse år alene på grundlag af den nationale lovgivning og uden at støtte ret på fællesskabsretten. Da De Wit efter det fyldte 59. år var bosat i Irland, kunne han dog ikke påberåbe sig overgangsbestemmelserne i AOW's artikel 55 og 56. Formålet med afsnit

J, nr. 2, litra a), i bilag VI er derfor at begrænse omfanget af den nedsættelse af ydelserne som følge af overgangsbestemmelserne, som en person udsættes for, når han har været bosiddende i en anden medlemsstat end Nederlandene efter at være fyldt 59 år. Dette bekræftes af nr. 2, litra e), hvorefter bestemmelsen i nr. 2, litra a), kun finder anvendelse på personer, som har været bosiddende i en eller flere medlemsstater efter det fyldte 59. år, og så længe de fortsat er bosiddende i en medlemsstat. I sag 284/84 (Spruyt, Sml. 1986, s. 685) udtalte Domstolen i præmis 22, at formålet med nr. 2, litra a), er »at fjerne de hindringer, som artikel 43 (nu artikel 55) i AOW ellers ville kunne skabe for den frie bevægelighed for personer, der efter at have boet eller arbejdet i Nederlandene ønsker at flytte til en anden medlemsstat«.

13. Virkningen af de relevante bestemmelser i afsnit J) i bilag VI er at tillade Nederlandene at nedsætte en persons pension med hensyn til perioder før 1957 på grund af, at han ikke har været bosat i Nederlandene i seks år efter det fyldte 59. år. Men såfremt den pågældende har været bosiddende i en anden medlemsstat i denne seksårsperiode, må hans pension kun reduceres for så vidt angår perioder før 1957, hvor han ikke har haft tilstrækkelig tilknytning til Nederlandene. Den valgte tilknytning er bopæl i Nederlandene eller beskæftigelse i Nederlandene, mens personen har bopæl i en anden medlemsstat. Lovligheden af en nedsættelse af en persons pension, når der ikke foreligger en tilstrækkelig tilknytning til Nederlandene, er blevet anerkendt af Domstolen i sag C-293/88 (Winter-Lutzins, Sml. 1990 I, s. 1623).

14. SVB, den nederlandske regering og Kommissionen har alle forkastet muligheden for, at udtrykket »bosiddende« i nr. 2, litra a), fortolkes på baggrund af national lovgivning. De er enige om, at det skal opfattes som et selvstændigt begreb i fællesskabsretten, men de er ikke enige om den rette fortolkning. SVB og den nederlandske regering har begge gjort gældende, at det kun omfatter en faktisk bopæl på nederlandsk område, og at det ikke kan udvides til en fiktiv bopæl som i tilfældet med en diplomat, der er udstationeret for at forrette tjeneste i et fremmed land. Da De Wit derfor rent fysisk opholdt sig i Tyskland og Sydafrika i perioden fra 1947 til 1957, kan han ikke have haft bopæl i Nederlandene i den periode, selv om hans tilstedeværelse i Tyskland og Sydafrika udelukkende skyldtes, at han var udsendt dertil af den nederlandske regering, som han i hele den pågældende periode forrettede tjeneste for. Kommissionen har på sin side anført, at en person skal anses for at have været bosiddende i Nederlandene i nr. 2, litra a)'s forstand, når der har været en tilstrækkelig stærk tilknytning mellem ham og Nederlandene. Dette vil være tilfældet, såfremt en person har arbejdet i udlandet for den nederlandske regering og fortsat har været omfattet af nederlandsk lovgivning, specielt for så vidt angår social sikring.

15. Da De Wit blev anmodet om at indgive skriftligt indlæg, svarede han, at han var ude af stand til at gøre dette, da han overhovedet intet forstod med hensyn til fortolkningen af de i forelæggelseskendelsen anførte love og forordninger. De af os, der har kæmpet med de uoverskuelige og indviklede bestemmelser i forordning nr. 1408/71, vil sikkert sympatisere med ham. På trods af den manglende

forståelse har De Wit dog fremført en række overbevisende argumenter for, at han skulle behandles som bosiddende i Nederlandene i perioden fra 1947 til 1957:

— For det første rejste han ikke til Tyskland af egen fri vilje, men blev udsendt dertil af det nederlandske Krigsministerium.

— For det andet blev han altid af Krigsministeriet og senere af Udenrigsministeriet behandlet som bosiddende i Nederlandene.

— For det tredje kunne han ikke have erhvervet bopæl i Tyskland i 1947 (og kunne derfor ikke have opgivet sin status som bosiddende i Nederlandene), da ingen udlænding fik tilladelse til at bosætte sig i det besatte Tyskland.

— For det fjerde ansås han i henhold til Wien-konventionen (formentlig en henvisning til den i Wien i 1961 udfærdigede konvention om diplomatiske forbindelser) til enhver tid for at være bosiddende og beskæftiget i Nederlandene.

16. Det er efter min opfattelse klart, at begrebet bosiddende i afsnit J, nr. 2, litra a), i bilag VI ikke skal fortolkes under henvisning til national lovgivning. Bopælen er et af nøglebegreberne i forordning nr. 1408/71, og skal — af hensyn til en ensartet fortolkning — tillægges en selvstændig fællesskabsretlig betydning, der hverken bør indskrænkes eller udvides af national ret. Dette bekræftes af, at en delvis definition af udtrykket er givet i selve forordning nr. 1408/71 [jf. artikel 1, litra h)], skønt definitionen uheldigvis ikke hjælper meget i den foreliggende sag. Det er rigtigt, at bilag VI ser ud til at have en anden funktion, sammenlignet med det generelle system i forordningen, men der er ikke desto mindre gode grunde til at fortolke udtrykket »bosiddende« i bilaget som et selvstændigt begreb. Som Kommissionen har understreget, vil der, hvis udtrykket fortolkes under henvisning til national lovgivning, være fare for, at en person betragtes som bosiddende i flere medlemsstater eller som slet ikke værende bosiddende i nogen medlemsstat.

17. Med hensyn til den korrekte fortolkning af udtrykket er jeg stærkt uenig i det synspunkt, den nederlandske regering og SVB har fremført om, at »bosiddende« skal begrænses til fysisk tilstedeværelse i Nederlandene. Denne opfattelse ser ud til at være begrundet i en ret forenklet indstilling, hvorefter ordene i lovgivningen kun kan tillægges den bogstavelige betydning, som de har i dagligt sprog. Der findes dog mange udtryk, som kan og skal fortolkes videre og mindre bogstaveligt, alt afhængigt af den juridiske sammenhæng, i hvilken de anvendes. Udtrykket »bosiddende« er et eksempel herpå. Der kan helt klart foreligge omstændigheder, hvor en person i retlige forhold anses for at have bopæl i ét land, selv om han rent fysisk tilbringer det meste af sin tid i et andet land. Et eksempel, jeg umiddelbart finder nærliggende, er en soldat, der — enten i krigstid eller i fredstid — er stationeret i udlandet. En sådan person tilbringer måske det meste af tiden i udlandet og ikke ret megen tid i sit eget land. Alligevel behandles han i de fleste juridiske forhold som bosiddende i dette land og ikke i et fremmed land.

Han betaler indkomstskat og socialsikringsbidrag i sit hjemland. Han afgiver sin stemme ved valg, han har et statstilhørsforhold til landet, og landet er ansvarligt for hans velfærd. I tilfælde af sygdom eller invaliditet er det landets socialsikringsordninger, der skal træde til, og naturligvis har han, når han går på pension, ret til en pension i sit eget land og ikke i de fremmede lande, hvor han har gjort tjeneste. Derfor er bopæl ikke nødvendigvis ensbetydende med fysisk tilstedeværelse i et bestemt område.

18. Det forekommer mig, at stort set lignende betragtninger gælder for en civilperson, der har været ansat i det nederlandske Krigsministerium, og som har været udstationeret i Tyskland som led i besættelsesstyrkerne ved slutningen af Anden Verdenskrig. En sådan person må antages fortsat at have betalt nederlandsk indkomstskat og stadig at have været omfattet af den socialsikringsordning, der på det pågældende tidspunkt fandtes i Nederlandene. Han har bevaret de fleste af de rettigheder og pligter, der var knyttet til at have bopæl i Nederlandene, og han har kun opnået få af de rettigheder og forpligtelser, der var knyttet til bopæl i Tyskland. Han må, ligesom soldaten, *de jure* fortsat have haft bopæl i Nederlandene, selv om han *de facto* boede i Tyskland og måske kun tilbragte korte orlovsperioder i Nederlandene. Efter min opfattelse har De Wit med rette anført, at han hverken kunne eller skulle behandles som bosiddende i Tyskland i den pågældende periode.

19. Det er sandsynligt, at lignende betragtninger ligeledes gælder for De Wit's tjenestetid i Sydafrika. Svaret må ganske vist afhænge af, hvilken status han havde i den periode. Men uanset, om han havde fuld diplomatisk status eller (på visse betingelser) hørte til det administrative, tekniske eller øvrige personale, var han formentlig fritaget for at betale bidrag til den sydafrikanske socialsikringsordning og for at betale indkomstskat til Sydafrika. Dette er i hvert fald retsstillingen i henhold til artikel 33, 34 og 37 i Wien-konventionen af 1961 om diplomatiske forbindelser, som ikke var i kraft på det relevante tidspunkt, men som i disse henseender stort set er udtryk for retsstillingen i henhold til den folkeretlige sædvaneret. Såfremt De Wit var fritaget for at betale sådanne bidrag og skatter i Sydafrika, og såfremt han betalte nederlandsk indkomstskat og socialsikringsbidrag, ville det være ulogisk — og særdeles uretfærdigt — at hævde, at han ikke havde bopæl i Nederlandene med henblik på social sikring, og at hans nederlandske alderspension derfor skulle nedsættes. Såfremt han på den anden side havde en anden status i Sydafrika og blev behandlet ikke som et medlem af det diplomatiske korps, men som en privatperson bosiddende i Sydafrika for så vidt angår skat og social sikring, ville der helt klart ikke være så stærkt et argument for at behandle ham som bosiddende i Nederlandene.

20. Det er naturligvis de nationale domstole, der skal træffe den nødvendige afgørelse med hensyn til De Wit's status i Sydafrika i perioden indtil den 1. januar 1957. To ting skal dog bemærkes. For det første har De Wit i sin 28 år lange karriere i nederlandsk diplomatisk tjeneste forrettet tjeneste i syv lande på fem forskellige kontinenter. Det forekommer særdeles usandsynligt, at han nogen sinde har opnået status som person med fast bopæl i nogen af disse lande. For det andet indeholder sagsakterne fra den nationale retsinstans et brev dateret den 16. august 1979, hvori det nederlandske Udenrigsministerium meddelte SVB, at De Wit fra den 1. september 1950 til den 31. juli 1978 var ansat som tjenestemand i udenrigstjenesten ved

forskellige diplomatiske repræsentationer i udlandet, og at han i hele denne periode havde været obligatorisk forsikret i medfør af den pågældende nederlandske lovgivning, specielt AOW. Under retsmødet stillede den nederlandske regerings repræsentant spørgsmålstegn ved oplysningernes rigtighed, idet han understregede, at De Wit ikke kunne have været forsikret med henblik på alderspension i medfør af AOW forud for lovens ikrafttræden i 1957. Men spørgsmålet er ikke, om De Wit betalte pensionsbidrag forud for 1957. Spørgsmålet er, om den nederlandske regering behandlede ham som en person med bopæl i Nederlandene, specielt for så vidt angår indkomstskat og social sikring. Spørgsmålet er med andre ord, om den nederlandske regering ved at beskatte hans løn og ved at lade ham være omfattet af socialsikringsordningen har gjort sine beføjelser over for ham gældende, og om den har påtaget sig forpligtelser over for ham, som landene normalt kun udøver med hensyn til deres egne indbyggere. Såfremt den gjorde det, bør han anses for at have haft bopæl i Nederlandene med henblik på den pågældende bestemmelse.

21. Enhver anden fortolkning ville føre til vilkårlige resultater. Det ville således være vilkårligt, såfremt en pensionsret for en af Udenrigsministeriets ansatte skulle være afhængig af, om den pågældende havde været udstationeret eller var forblevet i Nederlandene i bestemte perioder under ansættelsesforholdets forløb.

Forslag til afgørelse

22. Sammenfattende skal jeg foreslå, at det præjudicielle spørgsmål fra Nederlandenes Hoge Raad besvares således:

»Afsnit J, nr. 2, litra a), i bilag VI til Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 (både i den affattelse, der var gældende før, og den, der var gældende efter den 1.4.1985) skal fortolkes således, at den nedsættelse, der henvises til, ikke skal bringes i anvendelse med hensyn til kalenderår eller dele af kalenderår før den 1. januar 1957, hvor den pensionsberettigede forrettede tjeneste for den nederlandske regering uden for nederlandsk område, og hvor han i princippet stadig var omfattet af den nederlandske lovgivning om social sikring.«