FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 6. juni 1996 *

1. De af Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen rejste spørgsmål angår det personelle anvendelsesområde for bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 1408/71 [1] (herefter »forordningen«). Den forelæggende ret ønsker mere præcist oplyst, hvilke af de forskellige bestemmelser i forordningens artikel 1, der skal anvendes med henblik på at definere begrebet »selvstændig erhvervsdrivende« i forordningens artikel 73 i relation til de kompetente tyske institutioners tilkendelse af børnetilskud til børn, som har bopæl i udlandet.

2. Jeg vil først se på omstændighederne i sag C-4/95. Fritz Stöber, som er tysk statsborger, arbejdede i Irland fra 1965 til 1969, hvorefter han vendte tilbage til Tyskland. Indtil 1977 var han arbejdstager og betalte bidrag til den tvungne syge- og alderdomsforsikring. Fra den 1. februar 1977, hvor han blev selvstændig erhvervsdrivende, begyndte han at betale *frivillige* bidrag til den lovbestemte forsikring for funktionærer, og han betalte *ligeledes frivillige* bidrag til en lovbestemt tillægssygeforsikring.

3. I november 1988 ansøgte Stöber de kompetente tyske myndigheder om, at der ved beregningen af børnetilskud til hans to børn af andet ægteskab — som var bosat i Tyskland — ligeledes blev taget hensyn til hans datter af første ægteskab — som bor sammen med sin mor i Irland — med henvisning til, at hun opholder sig hos ham i ferierne, og at hun er tilmeldt folkeregistret i Tyskland.

4. Myndighederne afslog ved afgørelser af 22. december 1988 og 13. februar 1989 ansøgningen. Afslaget på Stöber's ansøgning, der var i overensstemmelse med national ret, var begrundet med, at hans datter hverken har bopæl eller sædvanligt opholdssted i Tyskland. Sozialgericht Dortmund, for hvilken sagsøgeren indbragte sagen, annullerede imidlertid afgørelsen og fastslog på baggrund af de relevante bestemmelser i fællesskabsretten, at Stöber ligeledes havde ret til familieydelser til sin datter i Irland. Myndighederne ankede denne afgørelse, idet de gjorde gældende, at disse bestemmelser ikke kunne finde anvendelse i den foreliggende sag, eftersom Stöber ikke kunne anses for »selvstændig erhvervsdrivende« i henhold til definitionerne i forordningens artikel 1.

5. Omstændighederne i sag C-5/95 er de samme. Piosa Pereira, som er spansk statsborger, var ligeledes beskæftiget som løn-

* Originalsprog: italiensk.

1 — Rådets forordning nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (konsolideret udgave, EFT 1992 C 325, s. 1).

modtager i Tyskland indtil den 9. september 1988 og var som følge heraf omfattet af den tvungne syge- og alderdomsforsikringsordning. Siden den 1. april 1989 har han drevet selvstændig erhvervsvirksomhed og har ligeledes indbetalt *frivillige* bidrag til en anerkendt selvstændig sygekasse.

6. Den 31. oktober 1989 ansøgte Piosa Pereira om børnetilskud til sine tre børn (der bor i Spanien hos hans fraseparerede hustru, og som ikke modtager nogen familieydelser fra den kompetente spanske institution) og til sin datter, der er født uden for ægteskab og har bopæl i Tyskland. Myndighederne fandt, at Piosa Pereira ikke var omfattet af forordningens personelle anvendelsesområde, og afslog derfor ansøgningen vedrørende de tre børn, som er bosiddende i Spanien, men anerkendte til gengæld i overensstemmelse med national ret, at Piosa Pereira har ret til familieydelser til sin datter, som er født uden for ægteskab og bosiddende i Tyskland. Piosa Pereira indbragte sagen for Sozialgericht Dortmund, der gav ham medhold, idet den fandt, at bestemmelserne i forordningen finder anvendelse i den foreliggende sag. Sagsøgte har anket denne afgørelse under henvisning til de samme anbringender, som er fremført i den foregående sag.

7. Den forelæggende ret, for hvilken de to ankesager er indbragt, har fastslået, at sagsøgerne ikke kan få ret til familieydelser i henhold til tysk lovgivning, idet der i overensstemmelse med den gældende tyske lovgivning »ikke efter Bundeskindergeldgesetz tages hensyn til børn, som hverken har bopæl eller sædvanligt opholdssted i Forbundsrepublikken« [2]. Da den forelæggende ret henset til bestemmelserne i fællesskabslovgivningen er i tvivl om, hvorvidt sagsøgerne har ret hertil i medfør af forordningens artikel 73, har den besluttet at udsætte sagerne og i hver af disse at forelægge Domstolen et spørgsmål om det personelle anvendelsesområde for forordningen med hensyn til børnetilskud.

8. Spørgsmålene lyder således:

Sag C-4/95

»Skal en person anses for 'selvstændig erhvervsdrivende' i henhold til artikel 73 i forordning (EØF) nr. 1408/71 med hensyn til udbetaling af børnetilskud i Forbundsrepublikken Tyskland, når vedkommende udøver selvstændig virksomhed dér og dermed opfylder betingelserne for at være 'selvstændig erhvervsdrivende' i henhold til artikel 1, litra a), nr. iv), men ikke betingelserne i henhold til nr. ii), andet led, første alternativ, jf. bilag I, afsnit I, afdeling C, litra b)?«

2 — § 2, stk. 5, i Bundeskindergeldgesetz (lov om børnetilskud af 25.6.1969, BGBl. I, s. 168). Heri bestemmes: »Der tages ikke hensyn til børn, som hverken har bopæl eller sædvanligt opholdssted i Tyskland [ved beregningen af familieydelser]«.

Sag C-5/95

»Skal en person anses for 'selvstændig erhvervsdrivende' i henhold til artikel 73 i forordning (EØF) nr. 1408/71 med hensyn til udbetaling af børnetilskud i Forbundsrepublikken Tyskland, når vedkommende udøver selvstændig virksomhed dér og dermed opfylder betingelserne for at være 'selvstændig erhvervsdrivende' i henhold til artikel 1, litra a), nr. i) og iv), men ikke betingelserne i henhold til nr. ii), andet led, første alternativ, jf. bilag I, afsnit I, afdeling C, litra b)?«

De relevante bestemmelser

9. Efter således at have præciseret de stillede spørgsmål, vil jeg, før disse undersøges, citere de gældende bestemmelser med henblik på en analyse heraf:

I forordningens artikel 1, litra a), bestemmes:

»I denne forordning:

a) betyder udtrykkene 'arbejdstager' og 'selvstændig erhvervsdrivende' henholdsvis enhver person:

i) der er forsikret i henhold til en tvungen forsikring eller en frivillig fortsat forsikring mod en eller flere risici, der svarer til de sikringsgrene, som indgår i en social sikringsordning for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende

ii) der, inden for rammerne af en social sikringsordning for samtlige indbyggere eller for hele den erhvervsmæssigt beskæftigede del af befolkningen, er tvungent forsikret mod en eller flere risici, der svarer til de sikringsgrene, på hvilke denne forordning finder anvendelse:

— når det efter vedkommende sikringsordnings administrations- eller finansieringsmetode er muligt at identificere den pågældende som arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, eller

— i mangel af sådanne kriterier, når den pågældende er forsikret i henhold til en tvungen forsikring eller en frivillig fortsat forsikring mod en af de i bilag I opregnede risici inden for rammerne af en ordning for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende eller af en ordning omhandlet under iii), eller, såfremt en sådan ordning ikke findes i vedkommende medlemsstat, når den pågældende svarer til definitionen i bilag I

...

iv) der, inden for rammerne af en social sikringsordning oprettet for arbejdstagere, for selvstændige erhvervsdrivende, for samtlige indbyggere eller for visse kategorier af indbyggere i en medlemsstat, er frivilligt forsikret mod en eller flere risici svarende til de sikringsgrene, på hvilke denne forordning finder anvendelse:

— når den pågældende udøver lønnet virksomhed eller selvstændig virksomhed, eller

— når den pågældende tidligere har været tvungent forsikret mod samme risiko inden for rammerne af en ordning for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende i den samme medlemsstat.«

b) som selvstændig erhvervsdrivende, enhver person, der udøver selvstændig virksomhed, og som skal:

— lade sig forsikre eller yde bidrag til alderdomsforsikring under en ordning for selvstændige erhvervsdrivende eller

— lade sig forsikre under den tvungne pensionsforsikring.«

I bilag I, afsnit I, afdeling C, hedder det:

»Såfremt en tysk institution er kompetent institution for tilkendelse af familieydelser i overensstemmelse med forordningens afsnit III, kapitel 7, anses i henhold til forordningens artikel 1, litra a), nr. ii):

...

I forordningens artikel 73 bestemmes:

»En arbejdstager eller en selvstændig erhvervsdrivende, der er omfattet af en medlemsstats lovgivning, har for de af sine familiemedlemmer, der er bosiddende på en anden medlemsstats område, ret til familieydelser efter lovgivningen i førstnævnte stat, som om de pågældende var bosiddende på dennes område, jf. dog bestemmelserne i bilag VI.«

Problemstillingen i sagen

10. De stillede spørgsmål skyldes den omstændighed, at den forelæggende ret ved afgørelsen af tvisten står over for forskellige definitioner af begrebet selvstændig erhvervsdrivende: definitionerne i forordningens artikel 1, litra a), nr. i) og iv), og den særlige definition i bilaget vedrørende de kompetente tyske institutioners tilkendelse af familieydelser i overensstemmelse med artikel 73.

11. For så vidt angår anvendelsen af forordningen i den foreliggende sag foreslår den forelæggende ret to mulige anvendelser af de bestemmelser, der definerer begrebet selvstændig erhvervsdrivende.

12. Den første kan sammenfattes således: De *frivillige* forsikringsordninger, som såvel Stöber som Piosa Pereira har været omfattet af, siden de påbegyndte selvstændig erhvervsvirksomhed, dækker sygdomsrisikoen. Derfor henhører disse ordninger enten under kategorien »frivillig fortsat forsikring mod en eller flere risici, der svarer til de sikringsgrene, som indgår i en social sikringsordning for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende«, jf. artikel 1, litra a), nr. i), eller i Piosa's tilfælde under den kategori, som nævnes i nr. iv), andet led, eftersom han ifølge den forelæggende ret tidligere var dækket af en tvungen forsikring mod den samme risiko (sygdom), mod hvilken han i dag frivilligt er dækket »inden for rammerne af en ordning oprettet for arbejdstagere«.

Den forelæggende ret anfører endvidere, at sagsøgerne må antages at henhøre under forordningens personelle anvendelsesområde som selvstændige erhvervsdrivende, eftersom de har indbetalt *frivillige* bidrag til disse ordninger, og derfor må de nævnte bestemmelser vedrørende familieydelser gælde for dem.

Kongeriget Spanien er i det væsentlige enig i denne løsning.

13. Efter det andet forslag — der ifølge den forelæggende ret netop er det, der følges i tysk litteratur og retspraksis — går man ud fra bestemmelserne i bilaget vedrørende udbetaling af familieydelser fra de tyske myndigheder. Den tyske socialsikringsordning er med hensyn til familieydelser analog med ordningen i artikel 1, litra a), nr. ii): Det drejer sig om en socialsikringsordning, som gælder for samtlige indbyggere. Den forelæggende ret tilføjer, at denne ordning ikke gør det muligt at sondre mellem selvstændige erhvervsdrivende og arbejdstagere, som det forudsættes i første led af nr. ii). Stöber og Piosa Pereira opfylder heller ikke betingelserne i nr. ii), andet led, første alternativ. De er ikke forsikrede mod nogen af de i bilag I nævnte risici inden for rammerne af en ordning for selvstændige erhvervsdrivende. Eftersom disse krav ikke er opfyldt, er det

nødvendigt at henholde sig til betingelserne i definitionen i bilaget. Den ordning, som er indført ved en kombination af bestemmelserne i definitionerne, udgør en særordning, som har forrang for den almindelige ordning, der er fastsat i forordningens artikel 1, litra a).

14. Når dette er sagt, undlader den forelæggende ret ikke at nævne konsekvenserne af at anvende denne sidstnævnte definition i nærværende sag. Sagsøgerne i hovedsagen er hverken *forpligtet* til at »lade sig forsikre mod eller yde bidrag til alderdomsforsikring under en ordning for selvstændige erhvervsdrivende« eller til at »lade sig forsikre under den tvungne pensionsforsikring«, men de betaler *frivillige* socialsikringsbidrag. De er således ikke efter bestemmelserne i bilaget omfattet af begrebet selvstændig erhvervsdrivende og er følgelig ikke omfattet af anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne, hvorfor de kun har krav på familieydelser i det omfang, dette følger af den tyske lovgivning, der finder anvendelse på dem.

Det er netop denne løsning, som den tyske regering i sit indlæg foretrækker.

15. Jeg vil indlede undersøgelsen af problemstillingen i sagen med en historisk gennemgang af den for sagen relevante fællesskabslovgivning. Den i forordningen fastsatte ordning fandt oprindeligt kun anvendelse på arbejdstagere, men efter to på hinanden følgende udvidelser omfatter den nu ligeledes selvstændige erhvervsdrivende.

16. Ud fra den betragtning, at »den frie bevægelighed for personer ... ikke kun [er] begrænset til arbejdstagere, men ligeledes [vedrører] selvstændige erhvervsdrivende inden for rammerne af etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser«, har lovgiver gennem vedtagelsen af forordning (EØF) nr. 1390/81 [3] udvidet den ordning, der er indført ved forordningen for arbejdstagere, til også at omfatte selvstændige. I denne forbindelse indførte lovgiver, skønt drevet af en klar — »ekspansiv« — logik, imidlertid en ganske bestemt undtagelse, netop i relation til familieydelser. Ordningen udelukkede således, at den i forordningens artikel 73 indeholdte bestemmelse kunne finde anvendelse på selvstændige erhvervsdrivende, og dette indebar, at de ikke kunne »tage familieydelser med«.

17. Bl. a. for at udfylde dette hul vedtog man forordning (EØF) nr. 3427/89 [4], hvorved ordlyden af artikel 73 blev ændret, således at også selvstændige erhvervsdrivende gives mulighed for at påberåbe sig den i denne

3 — Rådets forordning af 12.5.1981 om udvidelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, til også at omfatte selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer (EFT L 143, s. 1; anden og sjette betragtning).

4 — Rådets forordning af 30.10.1989 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT L 331, s. 1; femte betragtning, andet punktum).

bestemmelse indeholdte ret [5]. Den »territoriale fiktion«, der er indeholdt i denne bestemmelse, hvorefter børn bosiddende i udlandet skal anses for statsborgere i medlemsstaten, udstrækkes til også at omfatte disse selvstændige erhvervsdrivende.

18. Forordningen har til formål at samordne de nationale lovgivninger, »der hver for sig fastsætter betingelserne for tilhørsforholdet til de forskellige sociale sikringsordninger« [6]. Medlemsstaterne har i denne forbindelse ikke en absolut skønsbeføjelse, men skal lovgive inden for de i fællesskabsretten fastsatte grænser. Således gennemføres der herved en samordning, men de forskellige nationale lovgivninger harmoniseres ikke direkte [7].

19. Ifølge forordningens system udgør definitionen af begrebet arbejdstager »indgangsdøren« til de i fællesskabsretten indeholdte rettigheder [8]. I så henseende er det afgørende kriterium for anvendelsen af forordningen tilknytningen til en social sikringsordning. I artikel 1, litra a), opregnes de forskellige ordninger. Kun de arbejdstagere, som er tilsluttet den ene eller den anden af disse, kan påberåbe sig bestemmelserne i forordningen og få adgang til de heri indeholdte rettigheder.

20. Som Domstolen har fastslået, skal definitionen af arbejdstager, for at følge målsætningen med den fastlagte ordning, forstås i vid forstand [9]. Denne fortolkningsmodel er baseret på ånden i forordning nr. 1408/71 samt på traktatens mål og skal anvendes på såvel arbejdstagere som selvstændige erhvervsdrivende [10]. Restriktive definitioner ville undergrave ethvert forsøg på at samordne ordningerne, og arbejdstagerne og de selvstændige erhvervsdrivende ville ikke blive sikret en passende beskyttelse. Deres mulighed for at udøve retten til fri bevægelighed, der er forordningens grundlæggende formål, ville med urette blive begrænset [11].

21. Jeg mener ligeledes, at begrebet selvstændig erhvervsdrivende i princippet skal forstås i overensstemmelse med det ovennævnte brede kriterium. Jeg er dog af den opfattelse, at ånden bag og ordlyden af den pågældende

5 — Af denne underfundige forhistorie kan udledes de første fortolkningsbidrag. Den viser, at lovgiver i stigende grad har givet selvstændige erhvervsdrivende de rettigheder, som indrømmes arbejdstagere — herunder, hvad der er vigtigt i denne sag, retten til familieydelser. Denne omstændighed må efter min mening føre til at fortolke de bestemmelser, som har ført til denne udvidelse, under hensyntagen til, at lovgiver har anvendt sin frihed på en ganske bestemt måde og bevidst har fastsat eventuelle begrænsninger i denne rettighed.

6 — Dom af 12.7.1979, sag 266/78, Brunori, Sml. s. 2705. Hvad angår kravet om, at disse betingelser ikke må indebære forskelsbehandling, se dom af 24.4.1980, sag 110/79, Coonan, Sml. s. 1445.

7 — Jf. dom af 17.5.1984, sag 101/83, Brusse, Sml. s. 2223, præmis 28.

8 — Jf. i denne sammenhæng generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse i Recq-sagen, dom af 19.1.1978, sag 84/77, Sml. s. 7, på s. 19.

9 — Det er et princip i retspraksis, som for første gang blev fastslået i dom af 19.3.1964, sag 75/63, Unger, Sml. 1954-1964, s. 471, org. ref.: Rec. s. 347, hvori nævnes, at begrebet »arbejdstager« ligesom udtrykket »arbejdskraft« i traktatens artikel 48 og 51 har fællesskabsretlig betydning, idet det omfatter alle, der i denne egenskab og uanset under hvilken benævnelse er omfattet af forskellige nationale sociale sikringsordninger.

10 — Dom af 23.10.1986, sag 300/84, Van Roosmalen, Sml. s. 3097, præmis 20 ff.

11 — Jf. generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i Bracksagen, dom af 29.9.1976, sag 17/76, Sml. s. 1429, på s. 1456, hvori nævnes, at det henset til selve formålet med artikel 51 ikke er muligt at opfatte kategorierne af arbejdstagere (og selvstændige erhvervsdrivende) »i ordets snævre betydning«.

fællesskabsforordning afskærer sagsøgerne i hovedsagen fra at gøre krav på de pågældende rettigheder som selvstændige erhvervsdrivende, der efter forordningens almindelige bestemmelser henhører under arbejdstager-kategorien. Jeg skal nedenfor begrunde dette synspunkt.

22. I den sag, der er forelagt Domstolen, ansøger erhvervsmæssigt beskæftigede personer de kompetente tyske institutioner om tilkendelse af familieydelser. Ifølge den forelæggende ret finder den ordning i den tyske retsorden, der vedrører disse ydelser, anvendelse på samtlige personer med bopæl i Tyskland. Den henhører derfor under den type ordning, som er omhandlet i artikel 1, litra a), nr. ii) [12]. Det er på grundlag af de heri indeholdte definitioner, at man efter min mening skal afgøre, hvorvidt der er tale om henholdsvis en arbejdstager eller en selvstændig erhvervsdrivende.

23. Her er det vigtigt at betragte ordningens karakteristika, således som de er præciseret af den forelæggende ret. Ordningen gælder for samtlige indbyggere. De anvendte administrationsmåder giver ikke mulighed for at sondre mellem arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende. I øvrigt er arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende ikke tvungent eller frivilligt forsikret i relation til tilkendelsen af familieydelser. Definitionerne i artikel 1, litra a), nr. ii), finder således ikke anvendelse, hverken definitionen i første led eller definitionen i det første alternativ i andet led.

24. Eftersom disse bestemmelser ikke kan finde anvendelse, er det nødvendigt at tage udgangspunkt i residualdefinitionen i det andet alternativ i andet led. Denne bestemmelse henviser til bilaget, hvori begrebet selvstændig erhvervsdrivende i relation til de tyske myndigheders tilkendelse af familieydelser defineres ud fra tilhørsforholdet til en *obligatorisk* forsikringsordning [13].

25. Denne fremstilling af sagen er den, som svarer bedst til forordningens ånd. Som allerede generaladvokat Gand anførte, »[afgrænses] forordningens anvendelsesområde således af et socialretligt og ikke af et arbejdsretligt kriterium, hvilket afspejler den større og større uafhængighed, den førstnævnte retsdisciplin har fået i forhold til den sidstnævnte« [14]. Såfremt man imidlertid fastholder dette kriterium, kan der i definitionen

12 — De almindelige forsikringer i Det Forenede Kongerige, Irland og Danmark udgør andre ordninger af denne type ligesom pensionsforsikringer, enkeforsikringer og forsikringer til forældreløse i Nederlandene, udgifter forbundet med sygdom i Italien og Nederlandene, familieydelser i Storhertugdømmet Luxembourg, Frankrig og Grækenland.

13 — Det skal præciseres, at det drejer sig om en helt anden definition, for så vidt angår dens mål, end den i forordningens bilag V indeholdte vedrørende Storbritannien, som er blevet fortolket af Domstolen i Brack-dommen. Denne bestemmelse havde til formål at sikre en »bred anvendelse« af de i forordningens artikel 1, litra a), nr. ii), indeholdte definitioner. I en ordning som den, som gælder i Det Forenede Kongerige, og som opstiller en pligt for visse grupper af personer, der ikke er arbejdstagere i arbejdsretlig henseende, til at »svare bidrag som arbejdstagere«, giver bestemmelsen i bilaget — hvorefter enhver person, som er pligtig at svare bidrag som arbejdstager, betragtes som sådan — mulighed for et bredt anvendelsesområde (præmis 10, 11 og 12).

14 — Forslag til afgørelse fremsat den 10.12.1968 i De Ciccosagen, dom af 19.12.1968, sag 19/68, Sml. 1965-1968, s. 567, på s. 573, org. ref.: Rec. s. 689, på s. 702.

af selvstændige erhvervsdrivende med henblik på tilkendelsen af familieydelser ikke efter min opfattelse ses bort fra de i bilaget indeholdte definitioner. Det er alene disse bestemmelser, der giver arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende mulighed for at få de rettigheder, som er fastsat i fællesskabsordningen vedrørende denne ydelse.

26. Jeg er klar over, at dette synspunkt kan blive genstand for diskussion. Problemet med den »alternative« karakter af definitionerne i forordningens artikel 1 har mindst en gang været forelagt Domstolen, uden dog at være blevet afgjort. Jeg henviser til Warmerdam-Steggerda-sagen [15]. Under denne sag fastholdt den kompetente nederlandske institution og Kommissionen, at definitionerne havde en alternativ karakter. Nærmere bestemt anførte Kommissionen — netop i lyset af afdeling C i bilag I til forordning nr. 1408/71, som ændret ved forordning nr. 1390/81 — at det var vigtigt, for så vidt angår hver risiko, at afgøre hvorvidt den pågældende var »arbejdstager« eller ej i forordningens forstand [16]. Til støtte for sit synspunkt henviste Kommissionen endvidere til Brack-sagen, hvori Domstolen havde fastslået en definition baseret på risikoelementet [17].

27. Som allerede nævnt, har Domstolen ikke behandlet det problem, som jeg har fremstillet, og spørgsmålet står således stadig ubesvaret. Jeg foregiver ikke at foretage en udtømmende undersøgelse i nærværende forslag til afgørelse. Jeg vil blot fremhæve, hvorfor jeg i den foreliggende sag mener, at de bestemmelser, der definerer tilhørsforholdet til denne bestemte type socialsikringsordning og således retten til de deri fastsatte ydelser, nødvendigvis må knyttes sammen med de bestemmelser, hvori begrebet arbejdstager og selvstændig erhvervsdrivende defineres. I denne sag synes det vigtigt, at lovgiver har valgt at fastsætte en særlig definition af en selvstændig erhvervsdrivende, netop for det tilfælde, at familieydelsen skal tilkendes af de tyske institutioner. Såvel den undtagelse, der er indrømmet de tyske myndigheder, som indholdet af den i bilaget anførte definition giver i denne forbindelse anledning til to bemærkninger.

15 — Dom af 12.5.1989, sag 388/87, Sml. s. 1203. Denne sag vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt fru Warmerdam, der var nederlandsk statsborger, havde ret til at modtage arbejdsløshedsydelse af den kompetente myndighed i dette land. Sagsøgeren havde, efter at have modtaget arbejdsløshedsydelse en tid i Nederlandene, fået arbejde i Skotland. Efter den britiske ordning var hun udelukkende forsikret via betaling af bidrag mod arbejdsulykker. Da fru Warmerdam kom tilbage til sit oprindelsesland, ansøgte hun om at blive registreret som arbejdsløs. De nederlandske myndigheder afslog denne ansøgning med den begrundelse, at hun under sin virksomhed i Det Forenede Kongerige ikke havde været forsikret mod følgerne af arbejdsløshed og derfor ikke kunne anses for arbejdstager i henhold til forordning nr. 1408/71 med henblik på tilkendelse af denne ydelse. Problemet blev ikke behandlet i dommen (det første spørgsmål fra den forelæggende ret, som netop angik forholdet mellem de forskellige definitioner, fik ingen betydning på grund af besvarelsen af det andet spørgsmål).

16 — Jf. Kommissionens holdning i retsmøderapporten til Warmerdam-Steggerda-sagen, afsnit II, punkt 4.

17 — Brack-dommen nævnt i note 13. I denne sag skulle det afgøres, hvorvidt en britisk revisor, som havde betalt bidrag til socialsikringssystemet som selvstændig erhvervsdrivende efter tidligere at have betalt bidrag som arbejdstager, kunne anses for arbejdstager i forordning nr. 1408/71's forstand med henblik på anvendelse af artikel 22, stk. 1, som indeholder bestemmelser om tilbagebetaling af udgifter i forbindelse med sygdom i en anden medlemsstat. I denne forbindelse fastslog Domstolen, at den pågældende var arbejdstager på baggrund af, at han var forsikret mod sygdomsrisikoen, som tvisten angik. Kommissionen har udledt af denne dom, at det er nødvendigt at anlægge en selektiv indgangsvinkel i forbindelse med anvendelsen af forordningen med hensyn til de enkelte risici.

28. Det forhold, at den særlige definition — for det tilfælde, at de tyske myndigheder er kompetente for så vidt angår tilkendelsen af ydelsen — udelukkende gælder i relation til artikel 1, litra a), nr. ii), viser frem for alt, at det efter forordningens systematik alene er denne bestemmelse, hvorved det afgøres, om arbejdstageren eller den selvstændige erhvervsdrivende har ret til familieydelse, såfremt den nationale ordning, som i den nærværende sag er karakteriseret ved, at der ikke findes kriterier, hvorefter der kan sondres mellem arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende. Jeg mener, at forordningens og bilagets bestemmelser set under ét tjener til at præcisere, at der er en helt klar sammenhæng mellem den type socialsikringsydelser, som arbejdstageren eller den selvstændige erhvervsdrivende ansøger om (i dette tilfælde familieydelser), og de betingelser, som han skal opfylde for at få tilkendt ydelsen. Den udtrykkelige bestemmelse i sidste punkt i præamblen til forordning nr. 1390/81 taler også herfor. Heri anføres, at fællesskabslovgiver i bilag I har fundet det »nødvendigt ... at præcisere, hvad der forstås ved udtrykkene 'arbejdstager' og 'selvstændig erhvervsdrivende' i henhold til forordning (EØF) nr. 1408/71, såfremt den pågældende er omfattet af en social sikringsordning for samtlige indbyggere«.

29. Dette resultat bekræftes af en anden betragtning, nemlig når man ser, hvilke kriterier der er vedtaget med henblik på at afgrænse begrebet selvstændig erhvervsdrivende i bilaget. Det skal her bemærkes, at »enhver person ... som skal tegne forsikring og betale bidrag til en alderdomspension i henhold til en ordning for selvstændige erhvervsdrivende« (definition i bilaget) skal anses for sammenlignelig med en person, »der er forsikret i henhold til en tvungen forsikring ... mod en eller flere risici, der svarer til de sikringsgrene, som indgår i en social sikringsordning for ... selvstændige erhvervsdrivende« [definition i artikel 1, litra a), nr. i)].

30. Som den tyske regering med rette har anført, betyder en sådan ligestilling, at lovgiver med det, der er fastlagt i bilaget, på en udtømmende og fuldstændig måde har villet fastlægge definitionen af begrebet selvstændig erhvervsdrivende i relation til de tyske myndigheders tilkendelse af familieydelser. Når det er tilfældet, kan jeg ikke se, hvordan man kan dele den af Kongeriget Spanien fremsatte opfattelse, hvorefter man, på baggrund af forordningens formål, kan tillade en kumulativ fortolkning af bestemmelserne.

31. Sammenhængen i lovteksten må respekteres. Man kan ikke med rette anføre, at lovgiver specifikt har villet definere forordningens personelle anvendelsesområde med hensyn til de familieydelser, som tilkendes af de kompetente tyske myndigheder og samtidigt på anden vis har villet åbne adgangen til disse ydelser. Og det er ikke alt. En anden fortolkning af forordningen ville føre til en underkendelse af, at det alene er overladt de nationale retsordener at fastsætte betingelserne for tilknytning til nationale ordninger.

32. Min konklusion påvirkes ikke af, hvad Domstolen udtalte i Kits van Heijningen-

dommen [18], hvortil den forelæggende ret henviser. Jeg mener ikke, at denne kan finde anvendelse på den foreliggende sag. Selv om der ses bort fra de væsentlige forskelle, der er mellem den nævnte sag og denne sag, er jeg af den opfattelse, at når Domstolen har præciseret, at begrebet »arbejdstager« i forordningens forstand skal omfatte enhver person, som er forsikret i henhold til en af de sociale sikringsordninger, der er nævnt i artikel 1, litra a), har den ikke taget stilling til det foreliggende problem. Domstolen har alene fastlagt anvendelsesområdet for bestemmelsen i forordningens artikel 2 og har ikke haft til hensigt at løse de problemer, der er forbundet med definitionerne i artikel 1, litra a), for således at præcisere, hvem der efter denne bestemmelse kan anses for arbejdstager.

Hvis man overfører dette til den foreliggende sag, ville det, i relation til Domstolens stillingtagen, efter min opfattelse i sidste ende betyde, at Piosa Pereira og Stöber udelukkende henhører under definitionen af selvstændige erhvervsdrivende i forordningens forstand hvad angår de ydelser, for hvilke de frivilligt er forsikrede; derimod kan de ikke, for så vidt angår tilkendelsen af familieydelser, på grund af den i bilaget indeholdte »særlov«, betragtes som sådanne [19].

33. Jeg skal tilføje et par bemærkninger vedrørende sagens to supplerende aspekter. Den første er, at de i bilaget indeholdte bestemmelser, for så vidt angår tilkendelsen af familieydelser, definerer såvel begrebet arbejdstager som begrebet selvstændig erhvervsdrivende. De nævnte definitioner har det til fælles, at de henviser til tilhørsforholdet til en tvungen forsikringsordning (arbejdsløshedsforsikringen for arbejdstagere og tvungen pensionsforsikring for selvstændige erhvervsdrivende). Ligesom Kommissionen og den tyske regering mener jeg ikke, at der er tale om forskelsbehandling af selvstændige erhvervsdrivende. For at få ret til ydelsen gælder det for begge kategorier, at der skal betales bidrag. I begge tilfælde anerkendes retten til at »tage familieydelser med« kun, såfremt arbejdstageren tilhører det solidariske fællesskab i den tyske socialsikringsordning.

18 — Dom af 3.5.1990, sag C-2/89, Sml. I, s. 1755. I denne sag (og særligt i det første af den forelæggende ret stillede spørgsmål) skulle det afgøres, hvorvidt en nederlandsk statsborger med bopæl i Belgien, som udøvede lønnet deltidsbeskæftigelse (undervisning to gange ugentligt ved en uddannelsesinstitution i Eindhoven), skulle anses for arbejdstager i forordning nr. 1408/71's forstand og modtage børnetilskud for sine to studerende børn. Svaret på spørgsmålet fulgte af det forhold, at sagsøgeren var tilknyttet en tvungen forsikringsordning, hvorfor det i relation til afgrænsningen af forordningens anvendelsesområde var ufornødent at undersøge, om sagsøgeren faktisk udøvede lønnet beskæftigelse. Det er således på dette grundlag, at Domstolen i dommens præmis 9 præciserede, at enhver person, som er forsikret i henhold til en af de sociale sikringsordninger, der er nævnt i artikel 1, litra a), skal betragtes som selvstændig erhvervsdrivende i forordningens forstand. Jeg vil i øvrigt ikke undlade at gøre opmærksom på, at Domstolens stillingtagen var konkret, og at det ikke var bestridt, at der var »parallelitet« mellem den forsikringsordning, som sagsøgeren var omfattet af (den nederlandske lovgivning om familieydelser), og den ydelse (netop familieydelser), han ansøgte om.

19 — De samme betragtninger fører mig til at anse den implicitte fortolkning, der indebærer en ændring af den tyske version af forordningen, hvilket ifølge den forelæggende ret skulle udgøre grundlaget for den samstemmende opfattelse i tysk retspraksis og litteratur hvad angår forholdet mellem de forskellige definitioner i artikel 1, litra a), for at være uden relevans. I lyset af de argumenter, som jeg har anført, finder jeg, at den i tysk litteratur og retspraksis fastholdte fortolkning er at foretrække, eftersom den kan give en effektiv fortolkning af definitionerne i bilaget og mere generelt angive deres logiske placering i forordningen.

34. Den foretrukne løsning understøttes ligeledes — ud fra en anden synsvinkel — af den relevante nationale lovgivning. Den tyske socialsikringslov (sjette bog) bestemmer udtrykkeligt, at den selvstændige erhvervsdrivende har mulighed for *frivilligt* at blive optaget i den *tvungne* ordning [20]. Såfremt Stöber og Piosa Pereira havde anvendt denne mulighed, ville det ifølge den tyske regering have medført, at de havde været omfattet af det personelle anvendelsesområde for forordningens bestemmelser og derfor ville have fået adgang til den i artikel 73 indeholdte ret med hensyn til børn, der ikke har bopæl i Tyskland. Jeg mener, at denne mulighed — som de to sagsøgere ikke har gjort brug af inden for de rimelige frister, der findes — objektivt medvirker til at fjerne de fordrejninger, som den nationale tyske ordning kunne indebære i relation til selvstændige erhvervsdrivende i forhold til arbejdstagere.

35. På grundlag af de forskellige undersøgte elementer kan der drages en første konklusion: Hverken forordningens ordlyd eller formål gør det muligt at betragte sagsøgerne i hovedsagen som »selvstændige erhvervsdrivende« i forordningens forstand med henblik på de kompetente tyske institutioners tilkendelse af familieydelser i henhold til artikel 73. Som følge af denne konklusion opstår der imidlertid et uundgåeligt problem. Ved anvendelsen af tysk lovgivning får Stöber og Piosa Pereira ret til familieydelser til de af deres børn, der har bopæl i Tyskland, men ikke til dem, der har bopæl i andre medlemsstater. Det bør undersøges, hvorvidt denne forskelsbehandling strider mod fællesskabsretten.

36. Ifølge den relevante tyske lovgivning, Bundeskindergeldgesetz, er retten til familieydelser ikke betinget af, at der skal svares bidrag, men retten opstår automatisk, når forældrene har *status som hjemmehørende, uafhængigt af deres erhvervsmæssige status*. Som den tyske regering selv præciserer i sine bemærkninger, er »retten til familieydelser ikke betinget af en tvungen eller frivillig forsikring« ifølge tysk ret.

37. Faktum er, at den tyske lovgivning kun anerkender retten til familieydelser til børn med bopæl i Tyskland. Retten til ydelser er ganske enkelt betinget af et bopælskriterium. Man kan rejse det spørgsmål, om dette kriterium hindrer arbejdskraftens frie bevægelighed.

20 — De i tysk ret gældende bestemmelser var på det for sagen relevante tidspunkt og indtil 1992 § 2, stk. 1, nr. 11, i Angestelltenversicherungsgesetz og § 1227, stk. 1, nr. 9, i Reichsversicherungsordnung. De bestemmelser, der gælder nu, er § 4, stk. 2, i Sozialgesetzbuch, Sechstes Buch. Bestemmelsen lyder således: »Personer, som ikke kun midlertidigt udøver selvstændig erhvervsvirksomhed, optages på anmodning i den tvungne forsikringsordning, såfremt de anmoder om at blive underlagt den tvungne forsikringsordning i løbet af de første fem år, efter at de er påbegyndt den selvstændige virksomhed, eller efter ophøret af deres tilknytning til en tvungen forsikring, som er begrundet i denne aktivitet«. Det er vigtigt i den foreliggende sag at bemærke, at forskellen mellem de to lovgivninger ligger i det forhold, at fristen for en frivillig optagelse for selvstændige erhvervsdrivende i en tvungen forsikring før ændringen i nævnte bestemmelse var to og ikke fem år.

38. Domstolens faste praksis viser, at såfremt der ikke er særlige fællesskabsretlige regler, påhviler det medlemsstaterne at fastlægge en ordning for arbejdstagere, som er underlagt dens lovgivning. Den nationale lov må endvidere ikke direkte eller indirekte hindre personers frie bevægelighed [21], det vil sige indebære ulemper for de arbejdstagere, som benytter sig af denne frihed ved at udøve eller udvide deres virksomhed i en anden medlemsstat [22].

39. På denne baggrund har Domstolen fastslået, at de grundlæggende principper i fællesskabsretten er til hinder for nationale lovgivninger, der pålægger vandrende arbejdstagere skattebyrder, som ligger ud over, hvad de allerede har betalt i deres oprindelsesstat med henblik på at opnå de samme sociale sikringsydelser. I Stanton-og Wolf m.fl.-sagerne samt i Kemmler-sagen drejede det sig om selvstændige erhvervsdrivende og forhold, der lå før forordning nr. 1390/81's ikrafttræden [23]. Som vi har set, blev bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 herved udvidet til at omfatte selvstændige erhvervsdrivende. I disse sager, hvor der ikke var nogen bestemt fællesskabslovgivning, fastslog Domstolen, at den dobbelte skattebyrde var ulovlig og henviste i denne forbindelse direkte til de relevante traktatbestemmelser. Den samme fortolkning bør anlægges i denne sag. Som vi har set, falder nærværende sag heller ikke inden for anvendelsesområdet for den særlige fællesskabslovgivning.

40. Efter at have fastslået, at traktatbestemmelserne finder anvendelse i nærværende sag, skal det præciseres, inden for hvilke rammer sagen skal vurderes. Der er to aspekter. Først skal det undersøges, om den pågældende lovgivning er forenelig med det i traktatens artikel 6 indeholdte princip om forbud mod forskelsbehandling. I nærværende sag skal denne bestemmelse ses i sammenhæng med traktatens artikel 52, som vedrører den frie etableringsret. Eftersom de pågældende udøver selvstændig virksomhed, er det denne artikel, som synes relevant med henblik på at løse tvisten [24]. Dernæst må det ikke overses, at den frie bevægelighed også er indført i fællesskabsretten som en unionsborgerret i artikel 8 A ved Maastricht-traktaten. Da det ganske vist drejer sig om en bestemmelse, som er vedtaget efter det for hovedsagen relevante tidspunkt, kan den kun indgå som et moment med henblik på at fastsætte de grænser, som gælder for bopælskriteriet, på grund af den væsentlige udvikling af retten til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, der herved er sket.

41. Spørgsmålet — som jeg her formulerer det og behandler det — er ikke direkte blevet rejst af den forelæggende ret. Domstolens faste praksis bekræfter mig ikke desto mindre i at behandle det. Jeg henviser til de

21 — Dom af 28.11.1978, sag 16/78, Choquet, Sml. s. 2293.

22 — Dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 19.

23 — Domme af 7.7.1988, sag 143/87, Stanton, Sml. s. 3877, og forenede sager 154/87 og 155/87, Wolf m.fl., Sml. s. 3897, samt af 15.2.1996, sag C-53/95, Kemmler, Sml. I, s. 703, præmis 9.

24 — Kemmler-dommen, præmis 8.

domme, hvori Domstolen har fastslået, at selv om den ikke kan afgøre, om en national foranstaltning er forenelig med fællesskabsretten [25], kan den dog forsyne den nationale ret med alle fortolkningsbidrag vedrørende fællesskabsretten, således at retten selv kan vurdere spørgsmålet om forenelighed i den sag, den skal påkende [26].

42. Nogle få bemærkninger er tilstrækkelige til over for den forelæggende ret at angive de fællesskabsretlige fortolkningsbidrag, som i den foreliggende sag har betydning for bedømmelsen af den tyske lovgivning.

43. Jeg skal først nævne bestemmelsen i traktatens artikel 52. I stk. 2 i denne artikel bestemmes, at »etableringsfriheden [indebærer] adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed ... på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere«. Ifølge fast praksis har denne fællesskabsbestemmelse direkte virkning, og medlemsstaterne er forpligtet til at overholde den [27]. Denne bestemmelse skal ses i en større sammenhæng med traktatbestemmelserne om personers frie bevægelighed, hvis formål er at lette fællesskabsborgernes udøvelse af et hvilket som helst erhverv i hele Fællesskabet [28]. I denne forbindelse skal der, som Domstolen ligeledes har fastslået, anlægges en vid fortolkning af den pågældende bestemmelse. Etableringsfriheden vedrører ikke alene adgangen til at »optage selvstændig erhvervsvirksomhed, *men også til at udøve en sådan virksomhed i vid forstand*« [29].

44. Det skal først bemærkes, at en »territorial forbindelse« med henblik på at opnå en familieydelse, sådan som det er fastsat i tysk lovgivning, *i sig selv* kan ramme den vandrende arbejdstager hårdere end arbejdstagere fra den pågældende medlemsstat [30]. Denne konklusion bør fastholdes, selv når den nationale lovgivning, som i den foreliggende sag, fra et formelt synspunkt behandler den udenlandske arbejdstager på samme måde som den nationale arbejdstager. Det princip, som i denne henseende altid er blevet fulgt af Domstolen, er princippet om arbejdstageres ligestilling »faktisk og retligt« [31]. På grundlag af de således fortolkede kriterier, gælder der et forbud »ikke alene ... mod åbenlyse former for forskelsbehandling begrundet i

25 — Dom af 21.1.1993, sag C-188/91, Deutsche Shell, Sml. I, s. 363, præmis 27.

26 — Jf. f.eks. dom af 14.7.1994, sag C-438/92, Rustica Semences, Sml. I, s. 3519, og af 9.7.1992, sag C-131/91, »K« Line Air Service Europe, Sml. I, s. 4513.

27 — Stanton- og Wolf m.fl.-dommene samt Kemmler-dommen.

28 — Jf. i denne henseende anden betragtning til forordning nr. 1390/81: »den frie bevægelighed for personer, som er et af Fællesskabets grundlag, er ikke kun begrænset til arbejdstagere, men vedrører ligeledes selvstændige erhvervsdrivende inden for rammerne af etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser«.

29 — Dom af 18.6.1985, sag 197/84, Steinhauser, Sml. s. 1819, præmis 16. Min fremhævelse.

30 — Med henblik på at bevise denne forskel er det hensigtsmæssigt, skønt de ligger forud for den foreliggende sag (1984), at citere de statistiske oplysninger vedrørende børnetilskud, som er tildelt afhængigt af, om børnene har bopæl i eller uden for Forbundsrepublikken Tyskland. Disse tal viser, at mere end 17% af børn af statsborgere i andre medlemsstater med bopæl i Tyskland, som havde ret til tyske børnetilskud, boede i udlandet, hvorimod tyske statsborgere med børn boende i udlandet kun repræsenterede 0,03% af samtlige tyske statsborgere med ret til børnetilskud. Disse tal fremgår af retsmøderapporten til dom af 22.2.1990, sag C-228/88, Bronzino, Sml. I, s. 531, på s. 536.

31 — Dom af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, præmis 11.

nationalitet, men også mod alle skjulte former for forskelsbehandling, hvorved det samme faktisk bliver resultatet, selv om forskelsbehandlingen udøves på grundlag af andre formelle kriterier« [32]. Der er tale om fast praksis, som senest er blevet bekræftet i Schumacker- og Imbernon Martínez-dommene [33]. Domstolen har fastslået, at problemet med familiemedlemmers bopæl uden for den medlemsstat, hvor erhvervet udøves, af helt indlysende årsager i det væsentligste vedrører vandrende arbejdstagere [34]. Som generaladvokat Mancini har bemærket, indvirker »kriteriet 'bopæl' ... forskelligt, alt efter arbejdstagerens nationalitet. Sagt på en anden måde, når arbejdstageren er beskæftiget i sit eget land, er familien som regel samlet, hvorimod den vandrende arbejdstagers familie normalt er splittet. At familiemedlemmerne bor i forskellige lande, må anses for en naturlig følge af, at arbejdstageren er flyttet til et andet område i Fællesskabet« [35]. I situationer som den foreliggende fører dette til, at den vandrende arbejdstager ikke har mulighed for at få tildelt familieydelser og derfor i sidste ende ikke har mulighed for at få adgang til et erhverv på samme materielle betingelser, som i etableringslandet gælder for dets egne statsborgere. Følgelig krænkes arbejdstagerens mulighed for at udøve retten til fri bevægelighed fuldt ud.

45. På grundlag af dette ræsonnement har Domstolen anset forskelle i tildelingen af familieydelser eller i adgangen til at opnå rettigheder, som er begrundet i den vandrende arbejdstagers barns bopæl, for skjult forskelsbehandling [36]. Domstolen har følgelig fastslået, at bestemmelser, der indeholder et sådant kriterium, ikke var forenelige med princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed. Domstolen har fastslået dette, hvad enten det drejer sig om forskelsbehandling, der følger direkte af fællesskabsbestemmelser som i Pinna-sagen, eller om indirekte forskelsbehandling som i Schumacker- og Imbernon Martínez-sagerne, der angik en national lovgivning, hvorefter den vandrende arbejdstager ikke kunne opnå skattefordele, da han ikke opfyldte kravet — for sit eget eller for sine familiemedlemmers vedkommende — om at have bopæl i medlemsstaten.

46. Jeg mener således, at den tyske lovgivning — ved at behandle arbejdstagere, hvis børn har bopæl i Tyskland, anderledes end dem, hvis børn har bopæl i en anden medlemsstat — indeholder en skjult forskelsbehandling, som omhandlet i den nævnte retspraksis. Den skader — for at bruge den af Domstolen i Stanton-sagen anvendte terminologi — fællesskabsborgerens udøvelse af retten til fri bevægelighed. Det kan ikke benægtes, at der er tale om forskelsbehandling.

32 — Dom af 15.1.1986, sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, præmis 23.

33 — Dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Sml. I, s. 225, og af 5.10.1995, sag C-321/93, Sml. I, s. 2821. Jf. ligeledes Bronzino-dommen, præmis 12.

34 — Dom af 8.5.1990, sag C-175/88, Biehl, Sml. I, s. 1779, præmis 14.

35 — Forslag til afgørelse i den i note 32 nævnte Pinna-sag (punkt 6, B).

36 — Pinna-dommen, punkt 2 i domskonklusionen, Bronzino-dommen og dom af 22.2.1990, sag C-12/89, Gatto, Sml. I, s. 557.

47. Man kan heller ikke sige, at det drejer sig om en rimelig eller på anden måde begrundet forskelsbehandling. Børnetilskuddets funktion, dets formål kunne man sige, er at yde arbejdstageren en økonomisk hjælp på grund af de udgifter, denne afholder for at sikre sine børns livsophold. Dette formål er *i sig selv*, fra et begrebsmæssigt synspunkt, på ingen måde forbundet med børnenes bopæl, som det ville kunne være med hensyn til en social sikringsydelse, som tilkendes i landet, eller som er rettet mod andre formål, for hvilke dette element med rette kunne tages i betragtning [37]. Derimod forholder det sig netop således, at når familiemedlemmet ikke længere bor i den samme medlemsstat som arbejdstageren, vil de omkostninger, denne skal afholde for at sikre dets livsophold, utvivlsomt stige. Og det er netop i dette tilfælde, at den tyske lovgivning uden begrundelse begrænser den fordel, som en samlet familie har. Selve ordlyden i forordningens artikel 73 synes endvidere at være et indirekte, men betydningsfuldt bevis for de her fremførte synspunkter. Der indrømmes herved udtrykkeligt den vandrende selvstændige erhvervsdrivende en ret til familieydelser til børn med bopæl i en anden medlemsstat. Som allerede nævnt finder denne bestemmelse ikke anvendelse i den foreliggende sag, men jeg henviser til den for at underbygge, at ifølge principperne vedrørende personers frie bevægelighed, som fastsat i traktaten, kan bopælskriteriet ikke begrunde, at nationale arbejdstagere og vandrende arbejdstagere behandles forskelligt. I henhold til den tyske lovgivning ville Stöber og Piosa Pereira imidlertid have ret til disse ydelser, såfremt deres børn fortsat havde bopæl i Tyskland. Denne ret er ikke blevet fuldt ud anerkendt med den ene begrundelse, at familiemedlemmerne ikke bor i den valgte medlemsstat, og uligheden i den fastlagte ordning for familieydelser er derfor ikke begrundet.

48. Endelig skal jeg gøre en kort bemærkning vedrørende Stöber's situation. Det forhold, at han er tysk statsborger, bevirker ikke, at han ikke er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 52. Selv om det er korrekt, at traktatbestemmelserne om etablering ikke gælder en medlemsstats rent interne forhold, har Domstolen udtalt, at »henvisningen i artikel 52 til 'statsborgere i en medlemsstat', som vil etablere sig 'på en anden medlemsstats område', dog ikke [kan] fortolkes således, at fællesskabsretten ikke skulle gælde for en bestemt medlemsstats egne statsborgere, når disse — i kraft af, at de lovligt har haft bopæl på en anden medlemsstats område ... — i forhold til deres tidligere stat befinder sig i en situation, som kan sammenlignes med situationen for alle andre retssubjekter, som er omfattet af de ved traktaten sikrede rettigheder og friheder« [38]. Som Domstolen i øvrigt har fastslået i generelle vendinger i Scholz-dommen »[er] enhver statsborger i en medlemsstat, som har gjort brug af sin ret i henhold til arbejdskraftens frie bevægelighed, og som har haft beskæftigelse i en anden medlemsstat, således omfattet af ... bestemmelse[rne om arbejdskraftens frie bevæge-

37 — Domstolens praksis har i denne henseende sondret mellem familieydelser, hvor det territoriale element har en betydning på grund af deres funktion, jf. dom af 27.9.1988, sag 313/86, Lenoir, Sml. s. 5391, præmis 11 og 16. I denne sag udtalte Domstolen følgende (præmis 16): »Hvis der ifølge lovgivningen i den medlemsstat, der har kompetence til at udbetale pension eller rente, tildeles periodiske kontantydelser til den ydelsesberettigedes familie alene på grundlag af familiemedlemmernes antal og, eventuelt, disses alder, er tildelingen af disse ydelser berettiget, uanset hvor den ydelsesberettigede og dennes familie har bopæl. Ydelser af en anden art eller undergivet andre betingelser, hvilket for eksempel gælder ydelser, der skal dække visse udgifter på grund af skolesøgende børn, er derimod oftest snævert knyttet til det sociale miljø og derfor til de pågældendes bopæl.«

38 — Dom af 7.2.1979, sag 115/78, Knoors, Sml. s. 399, præmis 24, og af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 15.

lighed] ... uanset sin bopæl og sit statsborgerskab« [39]. Denne praksis finder ligeledes anvendelse i den foreliggende sag. Den tyske arbejdstager er vendt hjem til sin oprindelige medlemsstat efter at have gjort brug af sin ret i henhold til reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed ved at tage til Irland for at udøve sin beskæftigelse. Han henhører derfor under kategorien vandrende arbejdstagere, og den omstændighed, at han er vendt tilbage til sin oprindelige medlemsstat, ændrer ikke ved, at han derfor har de i traktaten anerkendte rettigheder [40].

49. Det fremgår af ovenstående betragtninger, at bestemmelserne i traktatens artikel 52 og 6 er til hinder for en national lovgivning, som betinger tilkendelsen af en familieydelse af det ene kriterium, at familiemedlemmerne til arbejdstageren eller den statsborger, der modtager ydelsen, har bopæl i den pågældende medlemsstat [41]. Som vi har set, kan en sådan lovgivning objektivt ramme fællesskabsarbejdstageren hårdere end den nationale arbejdstager, og dette er på ingen måde objektivt begrundet.

50. På baggrund af ovenstående er det i øvrigt vigtigt at stille spørgsmålstegn ved, om den tyske lovgivning er forenelig med bestemmelserne i EF-traktatens artikel 8 til 8 E (unionsborgerskab), også selv om de, rent tidsmæssigt, ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Disse bestemmelser, som Domstolen ikke har haft lejlighed til at udtale sig om, udgør, som generaladvokat Léger allerede har udtalt i sit nylige forslag til afgørelse i Boukhalfa-sagen, et meget vigtigt fremskridt i den europæiske integration [42]. Deres primære formål er at indføre en stigende grad af ligestilling mellem unionsborgerne, uanset nationalitet.

51. Blandt disse bestemmelser er bestemmelsen i artikel 8 A vigtig for denne sag. Den giver enhver unionsborger ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område. Jeg mener, at det i den tyske lovgivning indeholdte kriterium er i klar modstrid med denne ret, og det hvad enten det drejer sig om arbejdstageren eller den selvstændige erhvervsdrivende eller et medlem af dennes familie, der bliver nægtet adgang til fuldt ud at udøve den ret, som tilkommer den pågældende som unionsborger i henhold til artikel 8 A. Udøvelsen af en sådan ret, som har karakter af en borgerret, vil direkte medføre en økonomisk skade for den pågældendes familie, eftersom han ikke længere vil få ret til familieydelser.

39 — Dom af 23.2.1994, sag C-419/92, Sml. I, s. 505, præmis 9.

40 — Jf. ligeledes senest i denne henseende generaladvokat Léger's forslag til afgørelse af 15.2.1996 i Asscher-sagen (dom af 27.6.1996, sag C-107/94, Sml. I, s. 3089), hvori traktatbestemmelserne om fri bevægelighed og særligt de i artikel 52 indeholdte blev anset for gældende i forbindelse med en nederlandsk statsborger, som af arbejdsmæssige årsager var flyttet til Belgien, men som samtidigt opretholdt en arbejdsmæssig forbindelse — som var årsagen til den tvist, hvor Domstolen blev anmodet om at fortolke fællesskabsretten — med sin oprindelige medlemsstat (jf. punkt 36 i forslaget til afgørelse).

41 — Bronzino- og Gatto-dommene.

42 — Forslag til afgørelse i sag C-214/94, hvori Domstolen afsagde dom den 30.4.1996, Sml. I, s. 2253, punkt 63 i forslaget.

52. Det er klart, at de ovennævnte bemærkninger ikke berører spørgsmålet om de måder, hvorpå den kompetente institution i den medlemsstat, hvor familiemedlemmerne har bopæl, kan foretage en eventuel udbetaling af en ydelse, som har samme formål som den pågældende familieydelse. Med henblik på at undgå en ubegrundet kumulering af samme slags ydelser — hvilket vil være i strid med de principper, som udgør grundlaget for traktatens artikel 51 — vil ydelsen i dette tilfælde kunne nedsættes proportionalt eller i givet fald falde væk.

Det påhviler den forelæggende ret og de kompetente nationale institutioner, der i henhold til traktatens artikel 5 er forpligtet til loyalt at samarbejde med henblik på at løse sagen, at undersøge, om der er tale om sådanne forhold [43].

Forslag til afgørelse

53. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de af Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Bestemmelserne i traktatens artikel 6 og 52 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter tilkendelsen af familieydelser til en selvstændig erhvervsdrivende er betinget af, at dennes familiemedlemmer faktisk har bopæl i den kompetente medlemsstat.«

43 — Dom af 11.6.1991, sag C-251/89, Athanasopoulos m.fl., Sml. I, s. 2797, præmis 57.